Der Einfluß des Verschuldens des Beschädigten im Falle des Schadens durch Tiere und Gehilfen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau

CAD.
D.BAT.
IBL.

vorgelegt von

Herbert Manfred Auerbach,
Referendar.

Breslau 1913.
Druck der Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H.
Ursulinerstraße 1.

Gedruckt mit Genehmigung der Hohen Juristischen Fakultät der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau.

Referent: Prof. Dr. O. Fischer, Geh. Justizrat.

Korreferent: Prof. Dr. Schott.

Meiner Mutter

und

dem Andenken meines verstorbenen Vaters.

Literaturverzeichnis.

Berner: Eigenes Verschulden des Beschädigten. Diss. Leipzig 1902.

Binder: Heft 2 von Bernhöfts und Binders Beiträgen zur Auslegung des B.G.B.

Blau: Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden nach dem B.G.B. 1902.

Cohn: Untersuchungen zu § 254 des B.G.B. Gruchots Beiträge, Bd. 43, S. 96 ff., S. 376 ff.

Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 4. Aufl., 1903; 5. Aufl., 1910.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1902.

Demolombe: Cours de Code Napoléon. Paris 1871.

Dernburg: Das bürgerliche Recht. 1905.

— Preußisches Privatrecht. 1897.

Dungs: Drei Fragen über die Haftung aus unerlaubten Handlungen. Gruchots Beiträge, Bd. 54, S. 545 ff.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., 1903.

Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1908.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Amtl. Samml.

Feder: Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden. 1902.

Fischer und **Henle:** Handausgabe des B.G.B., 8. Aufl., 1909.

Fischer, Otto: Lehrbuch des preußischen Privatrechts.

Fischer, Hans Albr.: Kritische Bemerkungen zu Gottschalk: Das mitwirkende Verschulden. In der krit. Vierteljahresschrift, Bd. 46, S. 332—340.

Fischer, Karl: Die nicht auf den Parteiwillen gegründete Zurechnung fremden Verschuldens. München 1904.

Foerster-Eccius: Preußisches Privatrecht.

von Gierke, Julius: Besprechung von Herb. Meyers „Publizitätsprinzip". Zeitschr. f. Handelsrecht, Bd. 70, S. 382 ff.

Gottschalk: Das mitwirkende Verschulden des Beschädigten. 1903.

Grünebaum: Mitwirkendes Verschulden der Hilfspersonen des Beschädigten. Recht 1908, S. 98 ff.

Heuer: Ein Beitrag zur Lehre vom konkurrierenden Verschulden. Recht 1902, S. 147.

Hinze: Zur Haftung für fremdes Verschulden bei konkurrierendem außervertraglichem Verschulden. J.W. 1908, S. 2301.

Hoffmann: Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen. 1902.

Ihering: Das Schuldmoment im römischen Privatrecht. Gießen 1867.

Kahn: Kulpa-Kompensation und Gehilfenhaftung. Im Archiv f. bürgerl. Recht, Bd. 34, S. 350 ff.

Kipp: 9. Aufl. von Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, 1906.

Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1906.

— Arch. Ziv. Prax., Bd. 96, S. 555.

Komm. d. R.G.R.: zum B.G.B. 1910.

Krückmann: Iherings Jahrb., Bd. 52, S. 466 ff.; Bd. 54, S. 107 ff.; Bd. 55, S. 156 ff.

Labowsky: Eigenes Verschulden des Beschädigten bei Schadensersatzansprüchen nach gemeinem Recht und B.G.B. Berlin 1899 (auch Diss. Erlangen 1898).

v. Leyden: Die sogenannte Kulpa-Kompensation im B.G.B. 1902.

v. Liszt: Die Deliktobligationen im System des B.G.B. 1898.

Litten: Ersatzpflicht des Tierhalters im Rechte des B.G.B. 1905.

Meyer, Herbert: Das Publizitätsprinzip im deutschen Bürgerlichen Recht. Fischers Abhandl. 18, 2.

— Rechtsschein des Todes. 1912. (In der Festgabe für Brie, S. 71 ff.)

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.

Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1912.

Nußbaum: Haftung für Hilfspersonen nach § 278 B.G.B. in Vergleichung mit dem gemeinen und Landesrecht. 1898.

Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse, 3. und 4. Aufl., 1910.

Pfizer: Verschulden eines Kindes unter sieben Jahren. Deutsche Jur. Zeitg. 1904, S. 712 ff.

Planck: Das B.G.B. erläutert, 3. Aufl., 1907.

Priewe: Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen. Diss. Rostock 1902.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des B.G.B.

Przibilla: Das mitwirkende Verschulden der Vertreter und Gehilfen. In der J.W. 1909, S. 179 ff.

Ramdohr: Besprechung der Nußbaumschen Schrift. In Gruchots Beitr., S. 270 ff.

Rehbein: Das B.G.B. mit Erläuterungen, Bd. II, 1903.

Reichtagskommissionsbericht.

v. Rönne: Ergänzungen des Allgemeinen Landrechts.

Rospatt: Ein Beitrag zur Lehre vom konkurrierenden Verschulden. Recht 1902, S. 96.

Ruhm: Das eigene Verschulden des Verletzten als Grund zur Ausschließung der Ersatzpflicht im gemeinen Recht. Diss. Greifswald 1898.

Rümelin, M.: Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- und Zivilrecht. Arch. Ziv. Prax., Bd. 90, S. 171 ff.

Schollmeyer: Recht der Schuldverhältnisse. 1900.

Schmidt, Rich.: Die sogenannte Kulpa-Kompensation nach dem Rechte des B.G.B. Diss. Jena 1902.

Schröder: Die Bedeutung der Verweisung auf den § 278 im zweiten Absatz des § 254 B.G.B. Arch. Ziv. Prax., Bd. 95, S. 298 ff.

Schütz: Die Haftung für das Verschulden von Gehilfen nach dem B.G.B. Diss. Jena 1901.

Seuffert: Archiv, Bd. 65.

v. Staudinger: Komm. zum Recht der Schuldverhältnisse. 1910.

Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts.

Süßmann: Welchen Einfluß hatte und hat der Umstand, daß bei der Entstehung eines Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt hat? Diss. Rostock 1903.

Warneyer: Jahrbuch der Entscheidungen. 1908.

Wendt: Eigenes Verschulden. In Iherings Jahrbüchern., Bd. 31.

Weyl: System der Verschuldungsbegriffe im B.G.B. 1905.

Winter: Haftet der Beschädigte für schuldhaftes, zur Entstehung des Schadens mitwirkendes Verhalten seiner Angestellten? Seuffert, Bl. f. Rechtsanw., Bd. 73, S. 352 ff.

Zachariae - Crome: Handbuch des französischen Zivilrechts. 1894.

Zitelmann: Das Recht des B.G.B., Allgemeiner Teil. 1900.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. **Einleitung** 11

§ 2. Das mitwirkende Verschulden des Beschädigten im Bürgerlichen Gesetzbuche und seine historische Grundlage 12

A. Schaden durch Tiere.

§ 3. Übersicht über die möglichen Fälle 21

§ 4. 1. Tierhaftung auf seiten des Schädigers 22

§ 5. 2. Tierhaftung auf seiten des Schädigers und des Beschädigten 26

§ 6. 3. Tierhaftung auf seiten des Beschädigten 30

B. Schaden durch Gehilfen.

§ 7. Übersicht über die möglichen Fälle 32

§ 8. 1. Die Haftung für Hilfspersonen auf seiten des Schädigers 32

§ 9. 2. Die Haftung für Hilfspersonen auf seiten des Beschädigten, insbesondere bei entsprechender Anwendung des § 278 33

§ 10. a) Geltungsgebiet der „entsprechenden Anwendung des § 278“ 35

§ 11. b) Die Bedeutung des Ausdrucks „entsprechend“ 38

α) Unrichtige Meinungen.

β) Forderung „analoger Anwendung“.

§ 12. c) Grundauffassungen über die analoge Anwendung des § 278 41

§ 13. α) Engere Analogie 42

§ 14. β) Weitere Analogie 50

§ 15. d) Der Grundsatz der unbedingten Gehilfenhaftung des Beschädigten 52

Schluß.

§ 16. Die Beachtung des Verschuldens des Beschädigten als Forderung von Treu und Glauben 56

Einleitung.

§ 1.

Es ist ein Erfordernis der Billigkeit, bei der Schadenhaftung das Verhalten des Beschädgten vor, bei und nach Entstehung des Schadens zu berücksichtigen. Denn es würde gegen das Rechtsgefühl verstoßen, wenn der Beschädigte seinen Schaden in voller Höhe einfordern könnte, obgleich er selbst in verantwortlicher Weise zu dem Erfolge mitgewirkt hat.

Inwieweit im Einzelfalle diesem Grundgedanken Rechnung zu tragen ist, ist Aufgabe der positiven Rechtsordnung.

Dieser Pflicht sind sich schon die Römer, denen das Recht die ars boni et aequi war, bewußt gewesen und die Kulpakompensation des römischen und gemeinen Rechts bildet denn auch den Ausgangspunkt dieser ganzen Lehre.

Das B.G.B. hat in erster Linie durch die Verteilungsvorschrift des § 254 dieser Billigkeitsrücksicht zu genügen gesucht. — § 254 will bei der Schadenhaftung „das mitwirkende Verschulden des Beschädigten" beachtet wissen.

Ist der Schaden nicht durch die Beteiligten selbst, sondern durch das Verhalten ihrer Tiere oder Gehilfen herbeigeführt, so kann über die Anwendbarkeit des § 254 Zweifel herrschen, weil in solchen Fällen ein Verschulden des Beschädigten nicht vorhanden ist oder nicht vorhanden zu sein braucht.

In dieser Frage Klarheit zu gewinnen, ist die Aufgabe der nachfolgenden Untersuchung. Zu dem Zwecke wird man erst den § 254 im allgemeinen, insbesondere auch in seiner historischen Grundlage, würdigen müssen.

§ 2.

Das mitwirkende Verschulden des Beschädigten im Bürgerlichen Gesetzbuche und seine historische Grundlage.

Das römische Recht nahm dem Beschädigten in allen Fällen seines mitwirkenden Verschuldens jeden Ersatzanspruch gegen den Schädiger, wenn dieser ohne Verschulden oder nur aus Fahrlässigkeit (culpa) haftete.

Bei der Rechtfertigung dieser einfachen und mechanischen Regelung ist man von dem Satze des Pomponius l. 203 D. de reg. iur. 50,17 ausgegangen, der den allgemeinen Billigkeitsgedanken zum Ausdruck bringt: quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire — man sei nicht berechtigt, von anderen Ersatz für etwas Selbstverschuldetes zu verlangen. In Fällen, in denen der Schädiger ohne Verschulden für den entstandenen Schaden haftet, z. B. bei der Noxalhaftung für Tierschaden in l. 2 § 1 D. 9,1, steht der Anwendung dieses Satzes nichts entgegen. Anders, wenn auch den ersatzpflichtigen Schädiger Verschulden trifft. Allein auch hierauf wurde der Satz ausgedehnt, indem man zum Bilde der sogenannten Kulpa-Kompensation[1]) griff, — Schuld wird gegen Schuld gesetzt und aufgerechnet; dann besteht aber kein Ersatzanspruch mehr, denn „nicht der Schaden verpflichtet zum Schadensersatz, sondern die Schuld".[2])

Als treffendes Beispiel der Kulpa-Kompensation gilt besonders l. 11, pr. D. 9,2.

— Ein Barbier rasiert auf einem Spielplatze einen Sklaven. Ein zu heftig geworfener Ball trifft die Hand des Barbiers und der Sklave wird durch dessen Messer verletzt. —

Der Ersatzanspruch der lex Aquilia ist dem Sklaven nach der Ansicht des Ulpian nicht zu gewähren, weil nicht nur

[1]) Dieser gemeinrechtliche Ausdruck schließt sich nicht unzutreffend an Pandektenstellen an: l. 57,3 D. 18,1 (dolo inter utramque partem compensando) und l. 10 pr. D. 16,2 (compensatione neglegentiae facta).

[2]) Vgl. Ihering, S. 40.

den Barbier, der auf dem Spielplatze rasiert, ein Verschulden trifft, sondern auch den Sklaven, der sich (trotz Kenntnis der Gefahr) an diesem Orte rasieren läßt. Die eigene Kulpa des Sklaven schließt die Haftpflicht aus, „de se queri debet".

Dagegen wird das mitwirkende Verschulden des Beschädigten nach römischem Recht nicht berücksichtigt, wenn auf seiten des Schädigers Vorsatz (dolus) vorliegt. Vielmehr behält in solchem Falle der nur fahrlässig mitwirkende Beschädigte seinen vollen Ersatzanspruch.[3])

Selbstverständlich entfällt der Ersatzanspruch, wenn auch dem Beschädigten Vorsatz zur Last fällt.

Dem älteren deutschen Recht fehlen in dieser Frage allgemein gültige Grundsätze. Bei konkurrierendem Verschulden soll die Entscheidung mit Rücksicht auf den konkreten Fall getroffen werden, wobei „eine Abwägung des beiderseitigen Verschuldens hinsichtlich der Art und des Grades sowie des Einflusses derselben auf den eingetretenen Unfall erforderlich" ist.[4])

So soll nach dem Sachsenspiegel kein Ersatzanspruch zu gewähren sein, wenn ein Grundbesitzer sein Korn noch auf dem Felde stehen hat, während die übrigen Gemeindegenossen es bereits eingefahren haben, und es nun zertreten oder vom Vieh aufgefressen wird, ebenso wenn der Zehntherr das Getreide schon hätte abholen sollen und es beschädigt wird.[5])

Das gemeine Recht hat sich der Kulpa-Kompensation des römischen Rechts angeschlossen, aber fortzuentwickeln gesucht. Da der völlige Verlust des Ersatzanspruchs eine große Härte für den Beschädigten bedeutet, wenn ihm

---

[3]) Hierfür sprechen die Stellen l. 9, 4, l. 31 D. 9, 2; l. 45, 1 D. 19, 1.

[4]) Entsch. d. R.O.H.G. Bd. XX, S. 138.

[5]) Sachsenspiegel II, 48 §§ 2, 3, 7; ferner: Wer sein Feld nicht einzäunt oder mit einem Graben umgibt, kann nur dolose, nicht kulpose Beschädigungen verfolgen. Rechtsb. n. Dist. II, 10 d 1 — vgl. hierzu Stobbe, Bd. 3, S. 383 ff.

nur ganz geringes Verschulden zur Last fällt, haben die neuere gemeinrechtliche Lehre[6]) und Praxis[7]) einigermaßen damit geholfen, daß sie ein leichtes Versehen des Beschädigten bei gegenüberstehendem Verschulden des anderen Teils für irrelevant erklärten. Es sollten die beiden Verschulden also nicht „aufzuwägen", sondern in gewissem Sinne „abzuwägen" sein. Ein solches „Abwägen" statt des Aufwägens mag auch schon den römischen Juristen vorgeschwebt haben. Insbesondere läßt sich ihre Bestimmung, daß bei dolus des Schädigers die bloße culpa des Beschädigten unberücksichtigt bleiben soll, mit v. Leyden[8]) dahin erklären, daß der dolus als ein so überwiegendes Verschulden angesehen werden kann, daß eine culpa im engeren Sinne nicht ins Gewicht fällt.

Das preußische Allgemeine Landrecht hat den Einfluß des konkurrierenden Verschuldens kasuistisch geregelt, indem der Grad der beiderseitigen Verschuldung ausschlaggebend sein soll, ob eine völlige oder teilweise Befreiung des Schädigers eintritt oder ob dessen Haftung vollständig aufrecht erhalten wird.[9])

Im einzelnen treffen die §§ 18 bis 21 Teil I, Tit. 6 A.L.R. folgende Unterscheidungen:

„Ist der Schaden durch Vorsatz oder grobes Versehen herbeigeführt, so ermäßigt sich die zu leistende Entschädigung auf Ersatz des unmittelbaren Schadens, wenn auch der andere Teil ein grobes Versehen sich hat zuschulden kommen lassen; ein geringeres Versehen bei der Abwehr des Schadens wird nicht berücksichtigt. Grobes Versehen des Beschädigten bei einem durch ein geringeres Versehen des anderen Teiles herbeigeführten Schaden läßt

[6]) Wendt, S. 171; Ruhm, S. 151.

[7]) R.O.H.G. Bd. 16, Nr. 33, Bd. 20, Nr. 40, 66, Bd. 37, Nr. 219, Bd. 48 Nr. 30.

[8]) Vgl. Leyden, S. 57.

[9]) Vgl. O. Fischer, S. 120; Foerster-Eccius, Bd. I, S. 559; Dernburg, Pr. Priv. Bd. I, S. 182. — R.O.H.G. Bd. 4, S. 203ff., Bd. 13, S. 197, R.G. Bd. 30, S. 135.

jeden Entschädigungsanspruch fortfallen; mäßiges oder geringes Versehen desselben bewirkt in solchem Falle, daß nur unmittelbarer Schaden zu ersetzen ist."[10])

Diese Bestimmungen finden auch auf vertragliche Haftung Anwendung.[11])

Im Verhältnis zum gemeinen Recht war die Regelung des preußischen Rechts zwar praktisch schwieriger, aber ohne Zweifel gerechter. Denn das preußische Recht hat durch seine Kasuistik bereits den heute in unserem Bürgerlichen Gesetzbuch sachgemäßer entwickelten Gedanken zum Ausdruck gebracht, daß je nach dem Verschuldungsgrade des Beschädigten dessen Ersatzanspruch gemindert werden oder ganz entfallen müsse.

Im Gegensatze zum A.L.R. hat der Code civil keine Vorschriften über die Behandlung des mitwirkenden Verschuldens (faute commune) getroffen. Die französische Doktrin[12]) und Praxis[13]) läßt jedoch auch eine Teilung des Schadens zu, und zwar „proportionné à l'étendue de la faute".

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat mit Rücksicht auf die Verschiedenartigkeit der im Leben vorkommenden Fälle und mit Rücksicht auf die Unvollständigkeit jeder Kasuistik auf eine mechanische Regel verzichtet

---

[10]) Vgl. Foerster-Eccius, Bd. I, S. 559.

[11]) v. Rönne, Erg. zu § 285 I, 5 A.L.R. Zus. 3; Entsch. des Obertrib. Bd. 38, S. 40.

[12]) Zachariae-Crome, Bd. 2, S. 279. S. 760, A. 11: Demolombe, Bd. XXXI, Nr. 503 . . . . „Les deux responsabilités s'annihilent et se compensent; et il n'ya lieu à aucune condamnation à des dommages-intérêts.

Et si les responsabilités sont inegales, parce qu' il y a des degrés dans les fautes commises, chacun doit encourir une condamnation à des dommages-intérêts, dans la proportion et dans la mesure de la faute, qui lui est imputable. C'est aux magistrats qu'il appartient de déterminer cette mesure et cette proportion, suivant les circonstances, si variées, si compliquées . . ."

[13]) Kass.-Hof 20. August 1879. Sir. 80, 55; vgl. ferner die zitierten Entscheidungen bei Zachariae-Crome, Bd. 2, S. 760 A. 11.

und den schon im älteren deutschen Recht zum Ausdruck gelangten Gedanken des freien richterlichen Ermessens in sachgemäßer Fortentwicklung in eine Rechtsnorm gefaßt. Der I. Entwurf zu einem B.G.B. sagte in seinem § 222 direkt: „... so hat das Gericht nach den Umständen des Falles zu ermessen, ob und in welchem Umfange der andere zum Schadensersatze verpflichtet sei.“ Das B.G.B. hat diesen Grundsatz in seinem § 254 anders ausgedrückt. Er verweist lediglich auf die Umstände. Denn deren Würdigung liegt natürlich dem Richter ob.

Der § 254 lautet:

„Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatze sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht worden ist.

Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, daß er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu vermindern. Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung.“

Schon die Stellung der Bestimmung im System des B.G.B. ist von Wichtigkeit.

§ 254 steht unter den allgemeinen Bestimmungen der Ordnung des Schadensersatzes, welche jede Art von Schadenshaftung, auch die innerhalb eines bestehenden Rechtsverhältnisses, insbesondere vertraglicher Verpflichtung, im Auge hat. Dies mit Recht. Denn § 254 enthält ein Rechtsprinzip allgemeiner Bedeutung, eine Regel für die Verteilung der Schadenslast. Wie die allgemeinen Grundsätze des Schadensersatzes der §§ 249 ff. stets bei der Schadensberechnung zur Anwendung kommen, so muß auch der sich unmittelbar an jene Bestimmungen anschließende § 254 in allen Fällen mitwirkenden Verschuldens herangezogen werden, es sei denn, daß das Gesetz, wie in den §§ 118, 122, 307, 701 und 839 das mitverursachende schuldhafte Verhalten durch Sondervorschriften geregelt hat.

Voraussetzung für die Anwendung des § 254 ist vor allem das Entstandensein eines **Schadens.**

Wenn das Gesetz von der Entstehung des Schadens spricht, so meint es darunter „die Entwicklung des Schadens von seinem ersten Auftreten an".[14]) Denn die „Entstehung des Schadens beginnt allerdings frühestens mit der schädigenden Handlung, aber beendigt ist die Entstehung erst dann, wenn die Folgen der schädigenden Handlung abgeschlossen sind".[15])

Für die Verteilung des Schadens ist es erforderlich, daß der Beschädigte den Schaden **mitverursacht** hat.[16]) Derselbe Erfolg muß sowohl im Kausalzusammenhange mit der Handlung des Schädigers als auch im Kausalzusammenhange mit der Handlung des Beschädigten stehen. Die verschiedenen Ansichten über die Frage, wann Kausalität rechtlich anzunehmen ist, werden also auch hier zu verschiedenen Ergebnissen führen. Richtiger Meinung nach wird Kausalität im Sinne der zureichenden Bedingung zu fordern sein, so daß z. B. keine Verursachung des Unfalls durch eigenes Verschulden des betrunken gewesenen Verletzten vorliegt, wenn bei der mangelhaften Beleuchtung auch ein nüchterner Mensch unter den Motorwagen hätte geraten können.[17])

Vorausgesetzt wird ferner bei der Anwendung des § 254, daß der Schädiger für den Schaden **ersatzpflichtig** ist. Der Grund der Haftung kann aber mangels besonderer Be-

---

[14]) Gottschalk, S. 62.

[15]) Schollmeyer, S. 41.

[16]) Ob die Kausalität schon durch das Wort „mitwirken" ausgedrückt werden soll, kann zweifelhaft sein. Denn einmal kann das „Verschulden", wie v. Liszt, S. 81 mit Recht hervorhebt, niemals kausal sein, sondern nur die schuldhafte Handlung, andererseits gebraucht das B.G.B. das Wort öfters (vgl. § 660, Abs. I, S. 1, § 841, § 2234, § 2235, Abs. 3) als unbestimmten Ausdruck im Sinne von „sich beteiligen" (vgl. v. Leyden, S. 41). Mit Sicherheit ist das Erfordernis der Mitverursachung aus dem „vorwiegend verursachen" zu ersehen.

[17]) Vgl. Staudinger, § 254, 2e.

stimmung verschieden sein. Der I. Entwurf des B.G.B. hatte zwar in seinem § 222 unter dem Einflusse der gemeinrechtlichen Kulpa-Kompensation auch auf seiten des Schädigers Verschulden gefordert. Die Kommission für die 2. Lesung erkannte aber, daß eine solche Beschränkung der Wohltat des § 222 völlig unbegründet sei, und sah vom Verschulden des Schädigers ab. Man wollte mit Recht auch solche Fälle decken, bei welchen jemand für seine eigenen Handlungen ohne Rücksicht auf Verschulden oder für die Handlungen eines Dritten einzustehen hat. (Prot. S. 300.) Aus diesen Gründen verlangt auch § 254 B.G.B. nur die bloße Ersatzpflicht des Schädigers, d. h. nur einen ihn zum Schadensersatze verpflichtenden Umstand.

Auf seiten des Beschädigten — Beschädigter ist derjenige, der einen Vermögensschaden erlitten hat und dafür Ersatz fordert — wird dagegen ein „Verschulden" verlangt. Es handelt sich hier nicht um ein Verschulden in der gewöhnlichen Richtung, da der Geschädigte nicht andere, sondern sich selbst verletzt. Wenn Gottschalk letzteres leugnet,[18]) so ist dies nur aus seiner weitgefaßten Definition[19]) zu erklären, „daß jede rechtlich bedeutende Handlung eines Menschen ein Eingriff in die Rechtssphäre eines anderen sei". In Wahrheit liegt nur ein Verschulden in eigener Angelegenheit vor und „ein solches kann nur die Außerachtlassung derjenigen Aufmerksamkeit und Sorgfalt bedeuten, welche zur Wahrnehmung der eigenen Angelegenheit geboten war".[20]) Die Berücksichtigung dieses „Verschuldens gegen sich selbst", wie es Zitelmann[21]) nennt, beruht auf einem ethischen mißbilligenden Werturteil.[22]) Der Verletzte soll den Schaden nicht auf andere abwälzen können, wenn

[18]) Gottschalk, S. 73 ff.

[19]) Gottschalk, S. 22.

[20]) Warneyer 1908. Nr. 495, 606.

[21]) Zitelmann, S. 152, 153, 166, 170.

[22]) Ähnlich M. Rümelin, S. 312; v. Leyden, S. 67, 74; Dernburg, Bürg. Recht, § 32, II 3; Labowsky, S. 23.

er selbst „unter Vernachlässigung der eigenen Interessen“[23]) an der Herbeiführung desselben mitgewirkt hat.

Da es sich nicht um ein Verschulden im eigentlichen Sinne handelt, nehmen Endemann, Rümelin und Pfizer an, daß die bloße Mitverursachung des Beschädigten für die Anwendbarkeit des § 254 genüge, daß also in der Person des Beschädigten keinerlei subjektive Voraussetzungen erfüllt zu sein brauchen.[24]) Dies ist jedoch unrichtig. Denn indem § 254 vom Verschulden und Verursachen in gleicher Weise spricht, macht er unverkennbar ersichtlich, daß nicht nur bloßes Verursachen, sondern ein „Verschulden“ des Beschädigten vorhanden sein muß. Grundlos wäre es, Geschäftsfähigkeit oder strafrechtliche Deliktsfähigkeit des Beschädigten zu fordern. Dagegen kann § 254 richtiger Ansicht nach nur auf solche Verletzte Anwendung finden, die zurechnungsfähig sind. Denn wenn das Verschulden des § 254 zwar nicht ein Verschulden im streng juristischen Sinne, sondern nur ein „Verschulden gegen sich selbst“ ist, so sind doch die für das erstere Verschulden bestehenden Normen auf das letztere entsprechend anzuwenden. Da nun das Verschulden im technischen Sinne Zurechnungsfähigkeit voraussetzt und zur Bestimmung derselben in § 276 Abs. 1 Satz 2 die §§ 827, 828 für anwendbar erklärt, ist auch für das Verschulden des § 254 Zurechnungsfähigkeit unter Heranziehung der genannten Paragraphen zu fordern.

Als besondere Fälle des mitwirkenden Verschuldens hebt Abs. 2 des § 254 die hervor, daß der Beschädigte es unterläßt, den Ersatzpflichtigen, „Schuldner“, auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, den drohenden Schaden abzuwenden oder den entstandenen Schaden zu mindern.

Der Schlußsatz des Paragraphen, der eine Verweisung auf § 278 enthält, wird Gegenstand unserer besonderen Betrachtung werden.

---

[23]) Oertmann, § 254, Ib.

[24]) Endemann, II, S. 757; M. Rümelin, S. 145 ff.; Pfizer, S. 713.

Sind all die Vorausssetzungen des § 254 gegeben, so soll die Schadenslast verteilt werden, und zwar soll die Ersatzpflicht des Schädigers und der Umfang des von ihm zu leistenden Ersatzes, wie erwähnt, von den „**Umständen**“ abhängig sein.

Es soll insbesondere berücksichtigt werden, von welchem Teile der Schaden „**vorwiegend verursacht**“ ist. Der maßgebende Umstand soll, wie die Prot. S. 300 bemerken, nicht die Schwere des beiderseitigen Verschuldens, sondern das Kausalverhältnis sein. Es wäre aber unrichtig und schon gegen den Wortlaut verstoßend, mit Endemann, Schollmeyer und Weyl[25]) anzunehmen, daß der § 254 eine Berücksichtigung des Verschuldens überhaupt ausschließe; denn das Gesetz schreibt Beachtung aller Umstände vor, also auch die Beachtung des Verschuldens.[26]) — Besonders wird bei der Schadensverteilung von Wichtigkeit sein, ob auf der einen Seite Vorsatz, auf der anderen dagegen nur Fahrlässigkeit vorliegt, sofern freilich in solchem Falle nicht schon der Kausalzusammenhang unterbrochen ist.

Nach diesen allgemeinen Grundsätzen entscheidet das Ermessen des Richters, ob es gerecht und billig ist, daß infolge des mitwirkenden Verschuldens des Beschädigten die Schadensersatzpflicht ganz wegfällt oder sich nur mindert. Damit ist in prozessualer Hinsicht gleichzeitig zum Ausdruck gebracht, daß dem in Anspruch genommenen Schädiger nicht eine „Einrede“ im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches, ein Leistungsverweigerungsrecht, zusteht, sondern, daß sich das mitwirkende Verschulden nur als sog. rechtshindernde oder rechtsvernichtende Tatsache darstellt, die dem Rechte des Beschädigten den Bestand ganz oder teilweise entzieht. Der beklagte Schädiger hat jedoch die rechtshindernde Tatsache zu behaupten und zu beweisen.

---

[25]) Endemann, I, § 132 A4, Schollmeyer, § 254, A5; Weyl, S. 300.

[26]) So Planck, § 254, N. 4; Fischer-Henle, § 254, A5; Dungs, S. 545 wie die herrschende Meinung.

Er macht daher eine „Einrede im Sinne der Z.P.O." geltend.[27])

Beruht auch der § 254, indem er mitwirkendes Verschulden des Beschädigten fordert, auf dem Verschuldungsprinzip, so verlangt doch der in ihm zur vollkommenen Ausgestaltung gelangte Billigkeitsgedanke ein weiteres Gebiet. Dies zeigt sich insbesondere im Falle des Schadens durch Tiere und Gehilfen.

Die früheren Rechte, soweit sie überhaupt das mitwirkende Verschulden gesetzlich geregelt haben, enthalten keine Spezialbestimmungen für die Fälle, daß die Beteiligten nicht in eigener Person den Schaden mitverursacht haben, sondern daß derselbe durch deren Tiere oder Gehilfen, für die sie einzustehen haben, herbeigeführt worden ist.

Inwiefern das Bürgerliche Gesetzbuch diesen Sonderfällen Rechnung getragen hat und wie diese Sonderfälle im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu entscheiden sind, kann zweifelhaft sein.

Denn der § 254 enthält hinsichtlich des Tierschadens keine Andeutung, bezüglich des Schadens durch Gehilfen verweist lediglich der Schlußsatz des Paragraphen auf den § 278.

Wir werden schon darum die Fälle des Schadens durch Tiere und Gehilfen gesondert behandeln müssen, um im einzelnen klarlegen zu können, in welcher Weise der Ersatzanspruch des Beschädigten beeinflußt wird.

A. Schaden durch Tiere.

§ 3.

Übersicht über die möglichen Fälle.

Drei Beispiele, in denen A als Schädiger, B als Beschädigter erscheinen sollen, mögen zur Veranschaulichung des Tierschadens dienen.

---

[27]) Vgl. O. Fischer in Fischer-Henle, A. 6 zu § 202.

1. Der Hund des A beißt den B, der ihn geneckt hat.
2. Der Hund des A bellt das Pferd des B an, das infolgedessen durchgeht und dem B Schaden anrichtet.
3. A bringt schuldhaft das Pferd des B zum Scheuen, so daß die Deichsel von B's Wagen zerbricht.

Diese drei Fälle unterscheiden sich dadurch, daß im ersten der Schädiger, im dritten der Beschädigte und im zweiten Falle Schädiger und Beschädigter Tierhalter sind, die für den Schaden ihrer Tiere gemäß § 833 einzustehen haben.

Dementsprechend soll im folgenden unterschieden werden, ob auf seiten des Schädigers, auf seiten des Beschädigten oder auf beiden Seiten Tierhaftung vorliegt.

§ 4.

1. Tierhaftung auf seiten des Schädigers.

Was zunächst den ersten Fall anlangt, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß bei einer Tierhaftung des Schädigers, sofern den Beschädigten Verschulden trifft, § 254 zur Anwendung kommt. Dies wird auch allgemein anerkannt.[1]) Denn wie oben ausgeführt wurde, ist aus der Stellung des § 254 im System des Bürgerlichen Gesetzbuches wie aus seiner Entstehungsgeschichte und Fassung mit Notwendigkeit zu erkennen, daß jede Ersatzpflicht, also auch die sog. Gefährdungshaftung des § 833 Satz 1, ein im Sinne des § 254 ausreichender Haftungsgrund des Schädigers ist.

Fraglich kann es nur sein, wie sich in solchem Falle die Anwendung des § 254 näher zu gestalten hat.

Das römische Recht befreite nach dem allgemeinen Grundsatze des Pomponius (vgl. S. 12) den ohne Verschulden haftenden Schädiger wegen des Verschuldens des Beschädigten von jeder Ersatzpflicht. Nach dem Bürgerlichen

[1]) Vgl. Planck, § 254 N. 1; Endemann, I, S. 756, Schollmeyer, § 254, Bem. 1; Dernburg, Bürg. Recht; II, S. 650; Oertmann, § 254, A. 3.

Gesetzbuch soll dagegen der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon abhängen, ob der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht ist.

Der Ausdruck „verursachen" dient im Bürgerlichen Gesetzbuch keineswegs ausschließlich zur Bezeichnung der Verursachung durch einen Menschen, sondern er geht, wie Weyl[2]) unter Hinweis auf § 273 Abs. 2 mit Recht hervorhebt, auch auf Verursachung durch einen Gegenstand. Man könnte also bei der Abwägung das Verursachen des Tieres und das des Beschädigten vergleichen und im Sinne des § 254 den Schaden verteilen.

Faßt man aber den juristischen Begriff des „Verursachens", wie es gewöhnlich geschieht, subjektiv, dann scheint die Vorschrift, es sei darauf zu sehen, ob der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht sei, auf Fall 1 nicht zu passen. Denn es erscheint, wie das Reichsgericht Bd. 51 S. 274 richtig betont, zu bedenklich, als den einen Teil, der den Schaden mitverursacht hat, den Tierhalter mit Bezug auf die Handlung des Tierhaltens anzusehen, oder etwa eine Handlung des Tieres im nichtjuristischen, natürlichen Sinne zu unterstellen. § 254 muß aber selbst bei dieser Auffassung des Verursachens zur Anwendung kommen, da das Gesetz eben die Berücksichtigung aller Umstände verlangt, und das Kausalverhältnis nur das maßgeblichste Moment sein soll. Bei der Beachtung aller Umstände kann aber insbesondere auf der Seite der Ersatzpflichtigen die von dem Tiere ausgehende Gefahr und auf der Seite des Beschädigten das Maß des Verschuldens von Bedeutung sein. Durch richtige Beurteilung, sei es des Kausalverhältnisses, sei es der Umstände, wird der Richter den Schaden sachgemäß verteilen und so dem Einzelfall gerecht werden können, während die römische Auffassung uns unbillig erscheinen muß, wenn auf seiten des Beschädigten nur geringfügiges Verschulden vorliegt.

---

[2]) Weyl, S. 300.

Handelt es sich auf seiten des Schädigers um eine auf vermutetem Verschulden beruhenden Tierhaftung im Sinne von § 833 S. 2, so gilt die Anwendung des § 254 ebenfalls. Er kann dann sogar unter den „Umständen" das beiderseitige Verschulden beachtet werden. — Beseitigt der Schädiger aber durch den zulässigen Entlastungsnachweis seine Haftung, so mangelt es an einer notwendigen Voraussetzung des § 254, der Ersatzpflicht des Schädigers, und § 254 kann nicht zur Anwendung kommen.

Da das Verschulden des Beschädigten, wie früher ausgeführt wurde, dessen Zurechnungsfähigkeit bedingt, ist bei der Tierhaftung auf seiten des Schädigers der § 254 auch dann unanwendbar, wenn der Beschädigte geisteskrank, bewußtlos, minderjährig oder taubstumm, d. h. eine im Sinne der §§ 827, 828 von der Verantwortlichkeit befreite Person ist.

Die nach den §§ 827, 828 Nichtverantwortlichen sind aber unter Umständen nach § 829 ersatzpflichtig, sofern die Billigkeit, insbesondere nach den Verhältnissen der Beteiligten eine Schadloshaltung erfordert und ihnen nicht die Mittel entzogen werden, deren sie zum standesmäßigen Unterhalte sowie zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Unterhaltspflichten bedürfen, der Schaden auch im Sinne der §§ 823 bis 826 verursacht ist. Man hat daher die Frage erwogen, ob der unzurechnungsfähige Beschädigte, soweit er nach § 829 für einen angerichteten Schaden aufkommen müßte, auch „analog" in Höhe dieses Betrages eine Anrechnung auf seinen Ersatzanspruch zu dulden habe.

In der Literatur ist die analoge Anwendung des § 829 in § 254 fast durchgehends gebilligt worden.[3])

---

[3]) Enneccerus, § 236; Endemann II, Seite 757; M. Rümelin, S. 316; Litten, S. 103; Krückmann, Bd. 55, S. 6, Anm. u. S. 198ff.; Neumann, § 254, N. 2; J. v. Gierke, S. 395ff.; Oertmann, S. 254, 2cγ; Dungs, S. 548; Traeger, S. 342; a. M. Staudinger, § 254d; Komm. d. R.G.R., § 829 b1; Weyl, S. 600, A. 3.

Das Reichsgericht hat im Schlußsatze seiner Entscheidung (Bd. 59 S. 221 ff.) die erwähnte analoge Anwendung verneint. Es führt aus, daß § 829 nur eine für einen besonderen Tatbestand gegebene Ausnahmevorschrift bilde und als solche die Auslegung des § 254 nicht beeinflussen könne. Dagegen hat es in dem Erkenntnisse J.W. 1906 [55] die Frage, „ob nicht § 829 sich mit § 254 in Verbindung setzen ließe und dadurch unter Umständen eine etwaige Unbilligkeit ausgeglichen werden könnte", offengelassen.

Liegt der Fall so, daß z. B. ein Kind einem andern Kinde beim Spiel eine Körperverletzung zufügt, also nicht nur der Verletzte, sondern auch der Schädiger eine nach den §§ 827, 828 von der Verantwortlichkeit befreite Person ist, und wird der Schädiger auf Grund des § 829 zum Schadensersatze herangezogen, so wird man unbedenklich den § 829 entsprechend auch auf den Verletzten anwenden und seine Mitwirkung an der Verursachung des Schadens bei dem Billigkeitsermessen berücksichtigen.

Es entspricht aber durchaus der Billigkeit, und es widerstreitet keineswegs dem Charakter der Norm als einer Ausgleichungsregel, ebenfalls in den Fällen, in denen der Schädiger aus Verschulden oder aus Tierhaftung in Anspruch genommen wird und lediglich der Beschädigte eine unzurechnungsfähige Person ist, § 829 analog anzuwenden, d. h. dem Beschädigten seine Mitwirkung an der Schadensverursachung auf den Ersatzanspruch insoweit zur Anrechnung zu bringen, als er sonst für sein schädigendes Handeln nach § 829 einstehen müßte.

Haftet also im angeführten Beispiel 1 der Schädiger als Tierhalter, ist der Beschädigte aber eine wegen Geisteskrankheit, Bewußtlosigkeit, Minderjährigkeit oder Taubstummheit nicht verantwortliche Person, die bei Zurechnungsfähigkeit den Schaden schuldhaft mitverursacht hätte, so wird trotz seines mangelnden Verschuldens eine Verteilung der Schadenslast im Sinne des § 254 Platz greifen können, indem man den Beschädigten entsprechend § 829 seine Mitwirkung vertreten läßt.

§ 5.

2. Tierhaftung auf seiten des Schädigers und des Beschädigten.

Zweifelhaft ist es, ob § 254 im Falle 2 anzuwenden ist, wo nicht bloß auf seiten des Schädigers, sondern auch des Beschädigten ein Tier bei Entstehung des Schadens mitgewirkt hat.

Da die Haftung aus § 833 Satz 1 nicht auf Verschulden beruht, § 254 aber ein Verschulden des Beschädigten fordert, so muß es den Anschein haben, als sei in solchem Falle eine Verteilung des Schadens im Sinne des § 254 unmöglich. Allein eine solche Entscheidung würde der Billigkeit direkt widersprechen.

Das Reichsgericht hat aus dieser Erwägung durch Auslegung des § 254 zu helfen gesucht.[4])

Seine ausführliche Erörterung geht darauf hinaus, daß für das Gesetz bei der Regelung des § 254 „der Gedanke der objektiven Haftung" leitend gewesen sei. Denn einmal sei ein nicht schuldhaftes Verhalten des Schädigers als Haftungsgrund anerkannt, und ferner solle bei der Verteilung des Schadens das objektive Verhältnis der verschiedenen Kausalitäten als wesentlich entscheidend in Betracht gezogen werden. Eine Haftung des Beschädigten ohne Verschulden sei zwar in § 254 nicht ausdrücklich ausgesprochen, allein sie sei aus dem allgemein gesetzgeberischen Motiv zu folgern. Denn der Beschädigte habe, wenn es sich um eine im Gesetz begründete objektive Haftbarkeit, insbesondere um eine solche aus § 833, handele, ebenso wie der Schädiger „in gesetzlich verantwortlicher Weise eine Mitursache für den schadenbringenden Erfolg geschaffen", und es lasse sich nicht absehen, warum für diesen Fall seine sonst begründete Haftbarkeit völlig ausgeschlossen sein solle.[5])

[4]) Vgl. R.G., Bd. 67, S. 120ff.

[5]) Ähnlich sucht auch Dungs, S. 547 den § 254 zu interpretieren.

Das Reichsgericht kommt auf diese Weise zu dem der Billigkeit durchaus entsprechenden Ergebnis einer Anwendung des Ausgleichsgedankens des § 254. Allein seine Begründung mit dem „gesetzgeberischen Motiv der objektiven Haftung" wird schwerlich im § 254 zulänglich sein können, da letzterer, wie sehr er auch dem Gedanken der objektiven Haftung Raum gibt, doch seinem Wortlaute nach vom Verschuldungsprinzip ausgeht.

Einen gangbareren und besseren Weg zum gleichen Ziele weisen uns Herb, Meyer und Krückmann.

Meyer[6]) geht davon aus, daß es einer logischen Gesetzesinterpretation widersprechen müsse, den auf dem Verschuldungsprinzip stehenden § 254 unmittelbar auf die vom Veranlassungsprinzip beherrschten Schadensersatzpflichten, insbesondere § 833, zur Anwendung zu bringen. — Es sei vielmehr nur eine „sinngemäße" Anwendung möglich, und diese verlange, daß bei dem Geschädigten schon die konkurrierende Veranlassung anstatt des konkurrierenden Verschuldens wirksam werde. Meyer stellt daher für die Fälle des Tierschadens und der verwandten Ersatzpflichten eine dem § 254 Abs. 1 analoge Norm folgender Fassung auf:

> „Hat zu der Entstehung des Schadens der Beschädigte mit Veranlassung gegeben, so hängt die Verpflichtung zum Ersatze, sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder anderen Teile verursacht worden ist."

Die Auffassung Meyers, daß die Anwendbarkeit der Regel des § 254 sich nicht auf einen durch Auslegung, sondern vielmehr durch A n a l o g i e zu gewinnenden Rechtssatz gründen müsse, ist richtig. Sie führt gegenüber der allzu bedenklichen extensiven Interpretation des Reichsgerichts in glatter Weise zu dem erstrebten billigen Ergebnis.

Den Standpunkt Meyers teilt im Grunde genommen auch Krückmann.[7])

---

[6]) M e y e r, Publizität, S. 89, Anm. 2.

[7]) K r ü c k m a n n, Iherings Jahrb, Bd. 52, S. 466ff.

Ebenfalls auf den Gegensatz von Verschuldenshaftung und bloßer Gefährdungshaftung zurückgehend, gelangt er zu dem Satz: „Wie der Verschuldenshaftung die Verschuldensaufrechnung nach § 254, so entspricht der Gefährdungshaftung die Gefährdungsaufrechnung. Die eine ist so gut ein notwendiges Gegenstück zur Haftung wie die andere."

Der Ausarbeitung seines Gedankens der „Selbstgefährdung" zuliebe („Selbstgefährdung"[8]) ist ihm die Übernahme der besonderen Gefahr, in die sich der Beschädigte im Unterschiede zu allen übrigen Menschen hineinbegibt), bringt er auch den Fall der „beiderseitigen Tierhaftung" unter den Gesichtspunkt der Selbstgefährdung. Die Selbstgefährdung des Beschädigten bestehe im Gebrauche des eigenen Tieres. Sie könne hier aber nicht wie sonst „die allgemeine Gefährdung des Schädigers" verdrängen und führe daher nur zu einer Abminderung der Gefährdungshaftung analog § 254.

Indem Krückmann aber bei der Selbstgefährdung die deliktsrechtliche Verantwortlichkeit beachtet wissen will, weicht er von der richtigen analogen Anwendung des § 254 ab. — Seine in Bd. 55, S. 156 eod. gemachten Unterscheidungen der berechtigten und unerlaubten Selbstgefährdung, wobei letztere sich wieder in verschuldete und aus anderen Gründen rechtswidrige teilen solle, sind im übrigen praktisch unbrauchbar.[9])

Wenn Julius v. Gierke[10]) die Anwendung der analogen Norm Meyers deshalb verwerfen will, weil man die Schaden stiftenden Ursachen nicht gegeneinander abwägen könne, so bedeutet dies eine Verkennung des Inhalts der Worte „vorwiegend verursachen", wie insbesondere eine Verkennung des Begriffes des richterlichen Ermessens.[11])

Natürlich muß nach den für die Schadensersatzpflicht im allgemeinen geltenden Prinzip jeder Umstand, auf den ein Schaden kausal zurückzuführen ist, als ein solcher betrachtet

[8]) Vgl. Bd. 54, S. 133.
[9]) Vgl. Meyer, S. 89, Anm. 2 a. E.
[10]) Julius v. Gierke, S. 395ff.
[11]) Vgl. Meyer, Vom Rechtsschein d. Tod., S. 85, Anm.

werden, welcher den Schaden verursacht hat, und gewiß darf man sonach, wenn jene Voraussetzung bei zwei Umständen zutrifft, streng genommen nicht sagen, daß der eine oder der andere dieser Umstände in größerem oder geringerem Maße den Schaden verursacht habe. Allein, wie Planck[12]) richtig hervorhebt, gibt gerade der Wortlaut des § 254 unzweideutig zu erkennen, daß das Gesetz eine Abweichung von der fraglichen Konsequenz bestimmen wollte, und zwar eine Abweichung, die der Auffassung des Lebens entspricht, die bei mehreren einen Erfolg herbeiführenden Umständen deren größere oder geringere Wirksamkeit unterscheidet.

Im Sinne dieser Anschauung wird auch der Richter bei der beiderseitigen Tierhaftung auf Grund von Billigkeitserwägungen entscheiden können, ob je nach Lage des Falles die Veranlassung der Partei des Schädigers oder der des Beschädigten schwerer ins Gewicht fällt.

v. Gierke sucht der beiderseitigen Tierhaftung nicht mit der Verteilungsregel des § 254, sondern mit der allgemeinen exceptio doli gerecht zu werden.

Eine Ausgleichung der beiderseitigen Gefährdungshaftung im Sinne des § 254 ist im übrigen schon für gewisse Fälle neuerdings durch § 17 des Gesetzes über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen vom 3. Mai 1909 normiert. Denn hiernach soll z. B. dann, wenn ein Kraftfahrzeug und ein Tier zusammen einem Dritten Schaden zugefügt haben, die Ersatzpflicht der dem Dritten gesamtschuldnerisch haftenden Fahrzeug- und Tierhalter in ihrem Verhältnisse zueinander von den Umständen, insbesondere davon abhängen, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht ist.

Unter Anwendung der analogen Norm des § 254 wird auch der Fall zu erledigen sein, daß Tiere verschiedener Eigentümer sich einander verletzen. Denn unter den „Umständen", insbesondere dem vorwiegenden Verursachen kann berücksichtigt werden, ob das verletzte Tier

[12]) Planck, § 254, N. 4.

der Angreifer war oder nicht.[13]) Lag ein Angriff seitens des verletzten Tieres vor, so wird man seinem Halter allen Schaden aufbürden können, so daß der Versuch Kohlers[14]) unnötig erscheint, dieses Resultat erst durch entsprechende Anwendung des § 228 zu gewinnen.

Handelt es sich bei der beiderseitigen Tierhaftung auf seiten des Beschädigten um ein Tier der in § 833 Satz 2 genannten Art, so haftet letzterer kraft präsumierten eigenen Verschuldens, und es findet § 254 gemäß Fall 1 unmittelbare Anwendung. — Exkulpiert sich der Beschädigte aber, dann braucht er sich das Verhalten seines Tieres überhaupt nicht anrechnen zu lassen.

§ 6.

3. Tierhaftung auf seiten des Beschädigten.

Im Falle 3 liegt eine Tierhaftung nur auf seiten des Beschädigten vor, den Schädiger trifft dagegen ein Verschulden.

Das in § 254 geforderte Verschulden des Beschädigten ist hier in gleicher Weise nicht vorhanden wie in Fall 2. Man würde daher wie dort vom Standpunkte Meyers die strikte Anwendung des § 254 zu verwerfen haben und könnte den Paragraphen nur zufolge der Auslegung des Reichsgerichts anwenden wollen, daß es genüge, wenn der Beschädigte des § 254 „in gesetzlich verantwortlicher Weise eine Mitursache für den Schaden bringenden Erfolg“ gesetzt habe.

Das Gesetz verbietet jedoch nach Auffassung des Reichsgerichts die Anwendbarkeit des § 254 durch die Verteilungsvorschrift des § 840 Abs. 3. Ist diese Sonderbestimmung in der Tat heranzuziehen, so bedeutet sie von reichsgerichtlicher Anschauung aus einen Ausschluß des allgemeinen Grundsatzes des § 254, während man nach der richtigen Ansicht Meyers in ihr die Regelung eines von § 254 nicht getroffenen Falles zu sehen hätte.

---

[13]) Vgl. insbesondere die Regelung eines derartigen Falles in 1, 1 § 11, D. 9, 1.

[14]) Kohler, Lehrb., Bd. I, S. 213.

§ 840 Abs. 3 bestimmt, daß, wenn neben dem nach § 833 bis 838 B.G.B. zum Ersatz des Schadens Verpflichteten ein Dritter für den Schaden verantwortlich ist, in ihrem Verhältnis zueinander der Dritte allein verpflichtet ist. — Wie sich aus Abs. 1 des Paragraphen ergibt, will Abs. 3 zunächst die Ausgleichungspflicht mehrerer Gesamtschuldner regeln, die dem Verletzten für einen Schaden aus unerlaubter Handlung im Sinne des 25. Titels nebeneinander verantwortlich sind. Das Reichsgericht bringt jedoch in Bd. 71, S. 7 ff. diese Vorschrift auch dann zur Anwendung, „wenn der Dritte, der von dem Beschädigten für den Schaden verantwortlich gemacht wird, seinerseits vom Beschädigten begehrt, daß er einen Teil des Schadens auf sich nehme, weil er nach § 833 bis 838 B.G.B. ersatzpflichtig sei. Denn auch dann handelt es sich um das Verhältnis der beiden zueinander, wie es § 840 Abs. 3 im Auge hat". — Dieser Auffassung des Reichsgerichts stellt sich auch keineswegs der Wortlaut des § 840 Abs. 3 entgegen, und wird man demnach die Ausdehnung dieser sich zwar als Sondervorschrift darstellenden Norm auf das Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner wohl zulassen können.[15])

Gemäß § 840 Abs. 3 ist die Wirkung im Falle 3 die, daß der Schädiger für den vollen Schaden allein haftet, den Beschädigten dagegen seine Tierhaftung in keiner Weise angerechnet wird.

Dies gilt, wie aus der Fassung der Vorschrift zu folgern ist, selbst dann, wenn es sich um Tiere der in § 833 Satz 2 bestimmten Art handelt, wo vom Gesetz ein Verschulden des Beschädigten vermutet wird.

Die ratio legis des Abs. 3 ist offenbar der dem Satze des Pomponius: „quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damunm sentire" entsprechende Billigkeitsgedanke, daß, wer aus wirklichem Verschulden hafte, keine Ausgleichung suchen solle bei dem, den nur die von ihm zu vertretende „Gefährdung" verantwortlich mache, oder der

[15]) A. M. Staudinger, § 833, 6 l.

nur aus „vermutetem“ Verschulden ersatzpflichtig sei.[16]) Teilt man jedoch die Auffassung des Reichsgerichts nicht und hält die erwähnte Ausdehnung des § 840 Abs. 3 für zu bedenklich, so ist wiederum, da es sich ebenso wie im Fall 2 um eine vom Veranlassungsprinzip beherrschte Ersatzpflicht des Beschädigten handelt, die analoge Norm des § 254 zur Ausgleichung heranzuziehen und unter Beurteilung aller Umstände, insbesondere der vorwiegenden Verursachung, eine der Billigkeit entsprechende Entscheidung zu treffen.

Ist insbesondere das Verschulden des Schädigers nur gering, so wird man auch den Anforderungen der Billigkeit durch Anwendung der analogen Norm des § 254 vielleicht in höherem Maße nachkommen als durch eine Verteilung der Ersatzpflicht im Sinne des § 840 Abs. 3.

B. Schaden durch Gehilfen.

§ 7.

Übersicht über die möglichen Fälle.

Entsprechend den bei dem Schaden durch Tiere behandelten Möglichkeiten können Hilfspersonen sowohl auf seiten des Schädigers wie auf seiten des Beschädigten, beziehungsweise auf beiden Seiten, mitgewirkt haben.

Das Gesetz hat die Gehilfenhandlungen im § 254 berücksichtigt, indem es im zweiten Satze des zweiten Absatzes auf die Vorschrift des § 278 verweist. Es wird daher im folgenden hauptsächlich zu prüfen sein, welche Bedeutung dieser Bestimmung zukommt.

§ 8.

1. Die Haftung für Hilfspersonen auf seiten des Schädigers.

Wie schon früher gezeigt wurde, verlangt § 254 für den Schädiger die bloße Ersatzpflicht, ohne Rücksicht, ob diese auf Verschulden beruht oder nicht. Es genügt daher, voraus-

[16]) Vgl. Komm. d. R.G.R., § 840, Anm. 5.

gesetzt, daß den Beschädigten Verschulden trifft, zur Anwendbarkeit des § 254, daß der Schädiger für seine Gehilfen haftet.

Nach den allgemeinen Vorschriften hat der Schädiger das schuldhafte Verhalten von Hilfspersonen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, nach § 278 unbedingt wie eigenes Verschulden zu vertreten, und in sog. außerkontraktlichen Verhältnissen haftet er für ihre widerrechtlichen Schädigungen aus vermutetem eigenen Verschulden gemäß § 831. In letzterem Falle kann er sich jedoch von seiner Ersatzpflicht durch den Nachweis seiner Schuldlosigkeit befreien. Gelingt ihm diese Exkulpation, so ermangelt es an einer notwendigen Voraussetzung des § 254, der Haftung des Schädigers, und § 254 kann dann nicht zur Anwendung kommen.

§ 9.

2. Die Haftung für Hilfspersonen auf seiten des Beschädigten.

Viel schwieriger ist die Frage, in welchem Umfange sich der Beschädigte das mitwirkende Verschulden **seiner** Gehilfen auf seinen Ersatzanspruch anrechnen lassen muß.

Ohne Zweifel hat der Beschädigte die Anrechnung des schuldhaften Verhaltens der Personen zu dulden, deren er sich zur Erfüllung seiner ihm gegen den Schädiger obliegenden Verbindlichkeit bedient. Denn in solchem Falle sind einmal alle Voraussetzungen der Haftung aus § 278 gegeben, andererseits ist unter dem mitwirkenden Verschulden des Beschädigten, wie allgemein anerkannt wird, nicht nur eigenes, sondern auch das wie eigenes zu vertretende Verschulden zu verstehen.

Somit muß z. B. gemäß § 278 der geschädigte und etwa aus § 538 Ersatz fordernde Mieter sich es auf seinen Ersatzanspruch anrechnen lassen, daß seine Dienstboten, deren er sich beim Gebrauche der Mietswohnung bedient, letztere schuldhaft beschädigt haben. — Zwar ist der Gebrauch der Mietsache nur Mieterrecht, nicht Mieterpflicht. Wenn der

Mieter aber von der Mietsache Gebrauch macht, hat er die Grenzen des Vertrages einzuhalten, d. h. er ist vertragsmäßig (§ 548, § 550) zur sachgemäßen Behandlung der Wohnung verpflichtet, und zur Erfüllung dieser seiner Verbindlichkeit bedient er sich des Gesindes.[1])

Findet sonach § 278 direkte Anwendung, so muß es fraglich sein, was das Gesetz mit der Bestimmung des § 254 Abs. 2 Satz 2 sagen will: „Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung."

Diese Verweisung, die offensichtlich eine Erweiterung der Haftung bezweckt, kann man nur auf den Beschädigten beziehen und nicht auf den Schädiger. Denn eine Anwendung auf letzteren würde dem Charakter des § 254 widersprechen, der gerade eine Begünstigung des Schädigers erstrebt, und andererseits müßte ein Grund dafür unerfindlich sein, den Schädiger in weiterem Umfange haften zu lassen, weil nur zufällig ein eigenes Verschulden des Beschädigten mitgewirkt habe.[2])

Die Ansichten über die Bedeutung des fraglichen Satzes gehen auseinander. Der Grund hierfür liegt insbesondere darin, daß die Bestimmung erst in der Reichstagskommission mit der Regelung des Absatzes 2 dem § 254 angehängt worden ist, und auch der Reichstagskommissionsbericht[3]) wie die Vorarbeiten und Protokolle keinerlei Aufschluß darüber geben, wie vom Gesetzgeber „die entsprechende Anwendung des § 278" gedacht ist.

Die Stellung der Verweisung als Satz 2 des Abs. 2 wie ihre lapidare Fassung müssen insbesondere zwei wesentliche Punkte streitig erscheinen lassen:

a) Bezieht sich Satz 2 des § 254 Abs. 2 nur auf Abs. 2 oder auch auf Abs. 1?

---

[1]) Die Frage, inwieweit der Mieter für seine Dienstboten einzustehen hat, wenn diese die Mietwohnung beim Gebrauche beschädigen, ist jedoch bestritten.

[2]) Vgl. Leyden, S. 79.

[3]) Vgl. Reichstags-Komm.-Ber., S. 57.

b) Erstreckt sich in § 254 die „entsprechende Anwendung des § 278“ nur auf kontraktliche Verhältnisse oder auch auf das Gebiet der unerlaubten Handlungen?

§ 10.

a) Geltungsgebiet der „entsprechenden Anwendung des § 278“.

Der Umstand, daß die Verweisung auf § 278 als zweiter Satz des Abs. 2 auftritt, scheint dafür zu sprechen, daß deren Geltung auf die Fälle dieses Absatzes zu beschränken sei. Denn dies würde insbesondere mit der Methode des B.G.B. in Einklang stehen. Will nämlich das B.G.B. eine Verweisung auf einen ganzen aus mehreren Absätzen bestehenden Paragraphen bezogen wissen, dann gibt es jene Bestimmung in einem besonderen Absatz (vgl. § 2028, § 2180). Soll sich dagegen eine Verweisung nur auf einen einzelnen Absatz erstrecken, dann fügt sie das Gesetz diesem als Satz oder Halbsatz hinzu (vgl. § 1957 Abs. 2, § 2154 Abs. 2).

Dieser Gesetzestechnik wegen nahm die früher herrschende Meinung an, daß sich die entsprechende Anwendung des § 278 auf Abs. 2 des § 254 beschränke.[4]) Das Reichsgericht hat in Bd. 62, S. 108 dieser Ansicht mit dem Hinweis entgegentreten wollen, Abs. 2 des § 254 ließe nicht erkennen, daß die Anwendung von § 278 auf die in Abs. 2 hervorgehobenen Unterlassungen habe beschränkt werden sollen. Diese Begründung ist jedoch nicht stichhaltig, da gerade durch die Stellung eines Rechtssatzes in einem von mehreren Absätzen eines Paragraphen die Beschränkung auf diesen Absatz schon gegeben ist und vielmehr die Anwendbarkeit auf die anderen Absätze kenntlich gemacht sein müßte.[5])

[4]) So Planck in seiner 1. und 2. Auflage. Ferner ausdrücklich Cohn, S. 118; Feder, S. 51 und Karl Fischer, S. 67. Viele wie Berner, S. 48; Schollmeyer, S. 17 und Blau, S. 23 halten diese Folgerung sogar für selbstverständlich und behandeln § 278 nur bei Abs. 2.

[5]) Vgl. Kahn, S. 367.

Allein aus inneren Gründen ist man in der neueren Literatur übereinstimmend zu der Auffassung gelangt, den Schlußsatz des § 254 auch auf Abs. 1 zu beziehen.[6])

Trotz der aus der Stellung des Satzes gegebenen Bedenken wird man sich dieser Ansicht anschließen müssen, indem man vor allem den engen inhaltlichen Zusammenhang der beiden Absätze in Erwägung zieht. — Abs. 1 regelt das Anwendungsgebiet des mitwirkenden Verschuldens des Geschädigten allgemein. Denn die in Abs. 2 aufgeführten Fälle enthalten keinen neuen Gedanken. Sie stellen sich insbesondere nicht als eine Erweiterung des Abs. 1 dar, sondern sie sind nur, um Zweifel zu vermeiden, als unter Abs. 1 gehörig authentisch festgestellt.[7]) Es liegt daher nicht der mindeste Grund vor, für die Fälle des Abs. 2 durch entsprechende Anwendung des § 278 eine ausgedehntere Haftung zu fordern als für die des Abs. 1.

Eine verschiedene Behandlung der beiden Absätze kann auch nicht darauf gestützt werden, daß es sich in Abs. 2 um ein schuldhaftes „Unterlassen" handle, während Abs. 1 ein „positives Tun" fordere. Denn abgesehen davon, daß das B.G.B. auch sonst Tun und Unterlassen gleichstellt (vgl. § 241 B.G.B.), müßte im Gegenteil eine weitgehendere Haftung für ein „Unterlassen" unlogisch sein. — Schon nach allgemeiner Anschauung wird man die Fälle des Abs. 2 als geringere Übergriffe empfinden als die des Abs. 1. Daß aber auch das Gesetz die positive Schadensverursachung des Abs. 1 als schwerere Pflichtverletzung auffaßt als die Unterlassung der Schadensabwendung oder Schadensminderung des Abs. 2, ergibt sich deutlich aus den Worten: wenn sich

[6]) Vgl. Planck, 3. Aufl., Anm. 5, 1; Binder, S. 164ff.; Gottschalk, S. 120; Kahn, S. 362; v. Leyden, S. 80; Traeger, S. 341; Oertmann, § 254, Anm. 5a; Weyl, S. 608; Przibilla, S. 183; Hinze, S. 231; Grünebaum, S. 97; Kohler, Arch.-Z.-Prax., S. 355; Lehrb. II, S. 478; Fischer-Henle, § 254, Anm. 12; Süßmann, S. 86; Rehbein S. 62.

[7]) Vgl. Oertmann, § 254, Anm. 5a.

das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt. — Bezöge man also die entsprechende Anwendung des § 278 nur auf Abs. 2, so würde der Logik und, was besonders noch zu beachten ist, zugleich der Billigkeit zuwider der Beschädigte für das leichtere Verschulden seiner Hilfspersonen schärfer haften müssen als für das schwerere.

Ein solch unlogisches und insbesondere unbilliges Resultat kann aber nicht als vom Gesetze gewollt angesehen werden.

Das Reichsgericht[8]) hatte die Frage, ob die in § 254 Abs. 2 S. 2 ausgesprochene Verweisung auf § 278 auch auf den Abs. 1 zu beziehen ist, zunächst offen gelassen, da es sich nur um einen Fall des Abs. 2 handelte.

Hinze[9]) behauptet, das Reichsgericht habe in jener Entscheidung die Anwendbarkeit des fraglichen Satzes auf den Abs. 1 ausschließen wollen. Dies ist nicht richtig. Denn bei Stellungnahme zu der Streitfrage hat sich das Reichsgericht vielmehr mit der herrschenden Lehre dahin ausgesprochen, daß aus der Stellung des die entsprechende Anwendung des § 278 B.G.B. anordnenden Schlußsatzes als Bestandteils des Abs. 2 eine Beschränkung auf die in Abs. 2 genannten Fälle nicht hergeleitet werden könne. Vielmehr sei er sowohl auf den Tatbestand des Abs. 1 wie auf den des Abs. 2 anwendbar.[10])

Zwingen aber Auslegung, Logik und Billigkeit zur Anwendbarkeit des fraglichen Satzes 2 auf alle Fälle des § 254, so wird man zu der Annahme kommen müssen, daß das Gesetz sich bei der Redaktion des Paragraphen einer Ungenauigkeit schuldig gemacht habe, indem es den Satz 2 nicht seiner sonstigen Methode gemäß als dritten Absatz des § 254 formulierte. — Ein solches Redaktionsversehen kann hier um so eher unter-

---

[8]) R.G., Bd. 55, S. 331ff.

[9]) Vgl. Hinze, S. 231.

[10]) So R.G., Bd. 75, S. 257ff; ebenso schon vorher R.G., Bd. 62, S. 108; S. 346ff. im Prinzip; Bd. 75, S. 114ff.

stellt werden, als der Satz 2, wie schon erwähnt, erst in der Reichstagskommission und zwar bei Hinzufügung des Satzes 1 des Abs. 2 entstanden ist, und die hinsichtlich dieser beiden Sätze gemachten Vorschläge sofort angenommen wurden.[11]) „Eine bekannte Tatsache ist es aber", wie Grünebaum[12]) mit Recht hervorhebt, „daß in der parlamentarischen Behandlung namentlicher größerer Gesetzentwürfe öfter derartige Einschiebungen gemacht werden, ohne daß über deren Tragweite im System des ganzen Gesetzes völlige Klarheit herrscht".

Haben wir mit der herrschenden Meinung angenommen, daß die Verweisung in § 254 Abs. 2 Satz 2: „Die Vorschrift des § 278 findet entsrechende Anwendung" einheitlich auf den ganzen Paragraphen zu beziehen ist, so bleibt noch zu untersuchen, was unter der „entsprechenden" Anwendung in diesem Rahmen zu verstehen ist, insbesondere, ob und inwieweit deliktische Tat bestände, davon betroffen werden. Von wie großer Bedeutung gerade letzteres ist, ob sich der Beschädigte die unerlaubten Handlungen seiner Gehilfen anrechnen lassen muß, zeigen die überaus häufigen Ereignisse des Verkehrslebens, bei denen durch Angestellte infolge von Zusammenstößen Sachschäden ihrer Geschäftsherren entstehen. — Man sollte meinen, daß infolgedessen über die Tragweite der entsprechenden Anwendung Einstimmigkeit herrsche. Weit gefehlt! Denn schon dem Ausdruck „entsprechend" wird in § 254 verschiedene Bedeutung beigelegt.

§ 11.

b) Die Bedeutung des Ausdrucks „entsprechend".

Da, wie oben gesagt, der § 278 bei Vorhandensein aller seiner Voraussetzungen ohne weiteres auch auf den Beschädigten zur Anwendung kommen muß, wäre eine gesetzliche Verweisung auf eine diesbezügliche Anwendung des § 278 überflüssig. Jedoch: superflua non nocent. Ende-

[11]) Vgl. Reichstags-Komm.-Ber., S. 57.
[12]) Vgl. Grünebaum, S. 108.

mann und Schollmeyer[13]) glauben in der Tat, Satz 2 des § 254 Abs. 2 stelle sich als eine ausdrückliche Bestimmung der strikten Anwendung des (nach ihrer Ansicht sich sogar bloß auf rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten beziehenden) § 278 dar.

Wollte das Gesetz aber eine solche Hervorhebung treffen, so würde es gesagt haben: die Vorschrift des § 278 findet Anwendung. Denn das B.G.B. gebraucht sonst, wenn es strikte Anwendung einer Norm vorschreiben will, die Redewendung „findet Anwendung" zum Unterschiede von seinem Ausdruck „findet entsprechende Anwendung". Aus seiner Unterscheidung muß aber hervorgehen, daß auf das Wort „entsprechend" besonders Gewicht zu legen ist. — Der Endemannschen Anschauung zufolge wäre jedoch das im Schlußsatz gebrauchte Wort „entsprechend" völlig belanglos, woraus die Unrichtigkeit dieser Lehre erhellt.

Ist der Ausdruck „entsprechend" vielmehr besonders zu beachten, so kann jedoch die Erklärung, die Nußbaum[14]) und im Anschluß an ihn Priewe[15]) dafür geben, nicht gangbar sein.

Nußbaum meint, das Gesetz habe „entsprechend" sagen müssen, um überhaupt die direkte Anwendung des § 278 in § 254 zu ermöglichen.

Er gelangt hierzu auf Grund seiner Unterscheidung von „echten" und „unechten" Verbindlichkeiten und seiner schwerwiegenden Behauptung, § 278 könne auf letztere nicht zur Anwendung kommen.

Echte Verbindlichkeiten seien nur die Verpflichtungen zu einer Leistung, die sich als „Übertragung eines Guts an eine Person" darstelle; um eine unechte Verbindlichkeit handle es sich dagegen, wenn jemand nicht zu einer „Leistung" verpflichtet sei, sondern nur gelegentlich eines

---

[13]) Vgl. Endemann, Buch 1, § 132, Anm. 5; Schollmeyer, Komm. § 254, Anm. 6c.

[14]) Vgl Nußbaum, S. 52ff.

[15]) Vgl. Priewe, S. 61ff.

anderen Verhaltens eine gewisse Sorgfalt beobachten müsse. — Dementsprechend sieht Nußbaum insbesondere in den in § 254 Abs. 2 gesetzten Verpflichtungen nur unechte Verbindlichkeiten und leugnet für sie die unmittelbare Anwendbarkeit des § 278.

Mit Recht ist die Nußbaumsche Unterscheidung von echten und unechten Verbindlichkeiten in der Literatur allgemein abgelehnt worden.[16])

Vor allem fehlt es, wie besonders Oertmann (a. a. O.) hervorhebt, an jeglicher, auch noch so leiser Andeutung für eine so wichtige Unterscheidung im Gesetz.

Ferner könnten nach Nußbaums Definition Verpflichtungen zu Unterlassungen in offenbarem Widerspruch zu § 241 B.G.B. nie echte Verbindlichkeiten sein, da man in einem „Unterlassen" keinesfalls eine „Übertragung eines Guts" zu sehen vermag. Abgesehen von der Schwierigkeit der Feststellung, ob im Einzelfalle eine echte Verbindlichkeit vorliege, müßte es schließlich auch rechtspolitisch sehr bedenklich erscheinen, die wohltätige Haftung des § 278 auf die echten Verbindlichkeiten Nußbaums zu beschränken. Dies hieße, wie Feder[17]) sagt „die allgemeine Verantwortlichkeit des Schuldners zerstückeln".

Mangels der Stichhaltigkeit der Nußbaumschen Theorie kann das Gesetz daher mit dem Worte „entsprechend" nicht erst die direkte Anwendbarkeit des § 278 auf § 254 ermöglichen wollen.

In der Absicht des Gesetzes liegt es vielmehr, mit dem Ausdruck „entsprechend" in Satz 2 des § 254 Abs. 2 **Analogie** vorzuschreiben, d. h., eine Ausdehnung der Regeln eines Tatbestandes auf einen anderen wegen Gleichheit des Rechtsgrundes zu gebieten.

---

[16]) Vgl. Planck, § 278, Note 3; Oertmann, § 278, Note 3b; Blau, S. 23; Ramdohr, S. 271; Schütz, S. 241; Feder, S. 46; Karl Fischer, S. 22; Hoffmann, S. 120; Kipp zu Windscheid, S. 106.

[17]) Vgl. Feder, S. 44.

Dies muß sich aus der Bedeutung ergeben, die das B.G.B. auch sonst dem Ausdruck „findet entsprechende Anwendung“ im Gegensatze zu der Redewendung „findet Anwendung“ beilegt.

Heißt es z. B. bei der Auslobung in § 660 Abs. 3:

„Die Vorschrift des § 659 Abs. 2 Satz 2 findet Anwendung“, so sollen direkt als Abs. 3 des § 660 die Worte des § 659 Abs. 2 in ihrer eigentlichen Bedeutung zu setzen sein. Man müßte daher geradezu als Abs. 3 lesen: „Läßt sich die Belohnung wegen ihrer Beschaffenheit nicht teilen usw.“.

Ganz anders ist es bei der „entsprechenden Anwendung“. Sagt z. B. beim Werkvertrag § 644 Abs. 2:

„Versendet der Unternehmer das Werk auf Verlangen des Bestellers nach einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte, so finden die für den Kauf geltenden Vorschriften des § 447 entsprechende Anwendung“,

und zieht man den Tatbestand des § 447 heran, so wird man deutlich den Unterschied der Voraussetzungen erkennen. In dem einen Falle handelt es sich um den Unternehmer und Besteller, im anderen um den Verkäufer und Käufer. Gleichwohl sollen aber die Rechtsfolgen des § 447 in § 644 Abs. 2 zur Anwendung kommen, da in beiden Fällen übereinstimmend der Gläubiger die Versendung verlangt hat.

§ 12.

c) Grundauffassungen über die analoge Anwendung des § 278.

Nach § 254 Abs. 2 Satz 2 soll § 278 „entsprechende“ Anwendung finden. In § 278 handelt es sich um einen Schuldner, der sich eines Dritten zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient.

Bei analoger Anwendung auf § 254 muß an die Stelle des Schuldners der Beschädigte treten. Zweifelhaft aber kann es sein, worin der gleiche Rechtsgrund besteht, deswegen die gleiche Wirkung, die unbedingte Haftung, Platz greifen soll.

Die herrschende Lehre und Praxis stehen auf dem Standpunkt, daß es sich auch bei analoger Anwendung des § 278 im Rahmen des § 254 um das „Sichbedienen eines Dritten zur Erfüllung einer Verbindlichkeit" handeln müsse, wobei freilich der Begriff der Verbindlichkeit und daher der Personenkreis der Dritten, deren der Beschädigte sich zur Erfüllung der Verbindlichkeit bedient, „entsprechend" weitergefaßt werden könne.

Andererseits ist aber auch die Auffassung vertreten, eine Verbindlichkeit sei bei analoger Anwendung des § 278 nicht zu fordern, es brauche nur den Beschädigten befugtermaßen ein Dritter vertreten zu haben.

Die eingangs gestellte Frage, ob sich der Schlußsatz des § 254 nur auf kontraktliche Verhältnisse oder auch auf das Gebiet der unerlaubten Handlungen erstrecke, muß sich daher offenbar aus den Konsequenzen dieser Auffassungen beantworten.

§ 13.

α) Engere Analogie.

Die erste Anschauung fordert für die analoge Anwendung des § 278 in § 254 zwar nicht eine Verbindlichkeit im eigentlichen Sinne, wohl aber etwas einer Verbindlichkeit Ähnliches.

Wann aber ist letzteres gegeben? Wieweit ist der Begriff der „Verbindlichkeit im abgeschwächten Sinne" zu fassen?

Besteht zwischen dem Schädiger und dem Beschädigten ein Vertrags- oder sonstiges Schuldverhältnis, so ist der Beschädigte, wie auch allgemein von den Anhängern dieser Richtung zugegeben wird, schon mit Rücksicht auf Treu und Glauben (§§ 157, 242) „verpflichtet", ordnungsgemäß zu handeln, d. h. den Eintritt eines Schadens zu verhüten, insbesondere den entstandenen Schaden nicht zu vergrößern, sondern zu vermindern. Denn es wäre Treu und Glauben zuwider, daß der „Vertragsgenosse" auf seinen Schadensersatzanspruch pochend und nur mit Rücksicht auf ihn ein Verhalten zeigen könnte, das er ohne Aussicht auf Ersatz

als vernünftiger Mann nie angenommen hätte. — Bedient sich der Beschädigte zur Erfüllung dieser in der Schadensverhütung bestehenden Verbindlichkeit eines Gehilfen, so hat er sich dessen Verschulden auf seinen Ersatzanspruch anrechnen zu lassen.[18])

Streitig ist dagegen, wann für den Beschädigten des § 254 bei unerlaubten Handlungen des Schädigers eine Verbindlichkeit im abgeschwächten Sinne vorliege, die die analoge Anwendung des § 278 ermöglichen könne.

Wenn auch das Reichsgericht die Beziehung des Schlußsatzes auf beide Absätze des § 254 zugibt, so glaubt es doch, daß bei unerlaubten Handlungen die geforderte Verbindlichkeit nur in den Fällen des Abs. 2 gefunden werden könne, wo es sich um die Unterlassung der Abwendung eines drohenden oder Minderung eines entstandenen Schadens handele, nicht auch in Abs. 1, wo das schuldhafte Handeln der Hilfspersonen die Entstehung des Schadens mitverursacht habe.

Denn in Abs. 1 liege das Versehen der Hilfspersonen vor Begehung der unerlaubten Handlung des Schädigers, in Abs. 2 dagegen während derselben. — V o r der Begehung der unerlaubten Handlung bestehe, wie das R.G. Bd. 62 S. 346 ff. ausführt, zwischen Schädiger und Beschädigtem kein Schuldverhältnis. Erst d u r c h die unerlaubte Handlung selbst träten sie in gewisse Rechtsbeziehungen; es sei auf der einen Seite ein Gläubiger-, auf der anderen ein Schuldverhältnis bereits entstanden, wenn der Schaden schon eingetreten sei, doch i m E n t s t e h e n b e g r i f f e n, wenn er noch drohe und aus diesem „ursächlich begründeten Gläubigerverhältnis“ könnten nach den Grundsätzen von Treu und Glauben „gewisse Diligenzpflichten“ gegen den anderen Teil für den Beschädigten abgeleitet werden, die das Gesetz in Abs. 2 besonders hinsichtlich der Anwendung und Minderung des Schadens dem Verletzten auferlege.

Diese gesetzlichen Diligenzpflichten des Abs. 2 seien Verpflichtungen gegenüber der Person des Schädigers „i m

[18]) Vgl. z. B. R.G. Bd. 73, S. 354.

Sinne des § 278" und ermöglichten daher dessen analoge Anwendung.[19]) In Abs. 1 dagegen, d. h. vor Begehung der unerlaubten Handlung bestehe nicht einmal etwas einer Verbindlichkeit Ähnliches, oder wie wir oben sagten, eine Verbindlichkeit im abgschwächten Sinne, so daß von einer entsprechenden Anwendung des § 278 hier gar nicht die Rede sein könne.[20])

Eine Ausdehnung auf die Fälle des Abs. 1 liege nach der Ansicht des Reichsgerichts[21]) auch nicht im Interesse der Billigkeit und Gerechtigkeit, müßte vielmehr eine auffallende Rechtsungleichheit zuungunsten des Beschädigten herbeiführen. Denn während der Schädiger für unerlaubte Handlungen seiner Hilfspersonen nur in den Grenzen des § 831 einzustehen habe, würde der Beschädigte in solchem Falle für seine Gehilfen unbedingt haften müssen. — Mit dieser seiner Anschauung konnte das Reichsgericht jedoch nicht jede Haftung des Beschädigten für unerlaubte, die Entstehung des Schadens mit verursachenden Handlungen von Gehilfen (Abs. 1) verneinen. Denn es würde der Billigkeit ebenso widersprechen, wenn zwar der Schädiger gemäß § 831 für seinen Gehilfen einstehen müßte, der Beschädigte aber sich nur sein eigenes Verschulden anrechnen zu lassen brauchte.

Nur ein Ausweg war möglich, und diesen hat auch das Reichsgericht neuerdings in Bd. 77 S. 211 ff. gewählt. — Der durch eine unerlaubte Handlung Geschädigte solle nämlich für ein die Enstehung des Schadens verursachendes Verschulden seiner Hilfspersonen „gemäß § 831 B.G.B." haften. —

Daß § 831 im Rahmen des § 254 nicht direkt zur Anwendung kommen könne, hat Heuer[22]) gegenüber den

[19]) Abweichend scheint die Entscheidung des R.G., Bd. 62, S. 106 ff. zu sein. Sie betrifft jedoch einen Fall, in welchem ein Vertragsverhältnis zwischen dem Schädiger und dem Beschädigten besteht, so daß das R.G. selbst den Widerspruch leugnet.

[20]) Vgl. R.G. Bd. 75, S. 287 ff., Bd. 77, S. 211 ff., Bd. 79, S. 318 ff.

[21]) Vgl. R.G. Bd. 62, S. 346 ff.

[22]) Heuer, S. 147.

gegenteiligen Ausführungen Rospatts[23]) begründet hervorgehoben. Denn § 831, so meint Heuer mit Recht, setze nur eine Haftung des Geschäftsherrn für einen Schaden fest, den der Gehilfe einem „Dritten" zufüge, in § 254 wäre aber nicht ein Dritter der Geschädigte, sondern der Geschäftsherr selbst, indem letzterer durch gemeinsames Verschulden seines Angestellten und eines Dritten Schaden erlitte.

Das Reichsgericht will darum § 831 „analog" anwenden.[24]) — Es stützt sich vor allem darauf, daß § 831 ebenso einen allgemeinen Rechtsgedanken zum Ausdruck bringe wie § 278. In beiden Fällen handele es sich um die Haftung für fremdes Verhalten, das verschieden geregelt werde, je nachdem die Erfüllung einer Verbindlichkeit oder die widerrechtliche Schadenszufügung in Ausführung der Verrichtung in Frage komme. — So gut aber der eine dieser Rechtsgrundsätze im Falle mitwirkenden Verschuldens des Beschädigten auf diesen entsprechend angewendet werden könne, müsse gleiches auch vom anderen gelten.

Fehlte der Schlußsatz, so wäre die Möglichkeit einer analogen Anwendung des § 831 auf den Tatbestand des § 254 als solche gewiß aus obigen Gründen zu bejahen.[25])

Das Reichsgericht verkennt aber die Bedeutung des Schlußsatzes in § 254, und daher ist sein Resultat — Haftung des durch eine unerlaubte Handlung Beschädigten nach § 278 in den Fällen des Abs. 2, nach § 831 in den Fällen des Abs. 1 — unrichtig.

Das an die Spitze der Erörterung gestellte Prinzip, daß sich der Schlußsatz einheitlich auf den ganzen Paragraphen

---

[23]) Rospatt, S. 96/7.

[24]) Schon in Bd. 56, S. 157 a. E. hatte das R.G. die Frage, inwieweit § 831 in § 254 Abs. 1 entsprechend heranzuziehen sei, aufgeworfen, im übrigen aber „dahingestellt" gelassen. — Auch in Bd. 75, S. 257 bedurfte es einer Beantwortung nicht, jedoch läßt hier das R.G. schon mit einiger Begründung seinen oben dargelegten, zuerst in Bd. 77, S. 211, vertretenen Standpunkt erkennen. Da das R.G. in Bd. 79, S. 318ff. an seiner Auffassung festgehalten hat, ist eine Änderung derselben nicht zu erwarten.

[25]) A. M. ist Hans Albrecht Fischer, S. 340.

beziehen müsse, wird auf dem Gebiete der unerlaubten Handlungen durch die Konstruktion der Verbindlichkeit in Abs. 2 vom Reichsgericht durchbrochen, und dies zeitigt die entsprechenden Nachteile. — Es ist vor allem wieder unlogisch, daß der Beschädigte für leichteres Verschulden der Gehilfen (Abs. 2) unbedingt, für schwereres (Abs. 1) bedingt haften solle.

Mit Recht steht die Theorie dieser Richtung einheitlich auf dem Standpunkt, der Schlußsatz müsse sich auch auf dem Gebiete der unerlaubten Handlungen auf Abs. 1 beziehen und gemäß ihrem Ausgangspunkt, daß die analoge Anwendung des § 278 mindestens eine Verbindlichkeit im abgeschwächten Sinne verlange, findet sie nicht nur wie das Reichsgericht in Abs. 2, sondern auch in Abs. 1 die geforderte Verpflichtung des Beschädigten.

Als mißlungen muß allerdings der Versuch Schröders[26]) gelten, den ganzen § 254 in eine Verbindlichkeit des Inhalts aufzulösen: „Enthalte dich deines Schadensersatzanspruchs, da dich selbst ein Verschulden trifft.“ Denn zur Erfüllung einer solchen Verpflichtung kann man sich keines Dritten bedienen.

Cosack[27]) entnimmt dagegen aus § 254 den Satz: „Jedermann sei verpflichtet sich und seine Güter vor Schaden zu bewahren.“ An seine Erklärung schließen sich die v. Leydens, Plancks, Grünebaums und Winters[28]) an. Auf diesem Boden steht auch die Auffassung Oertmanns,[29]) daß dem Beschädigten des § 254 zwecks Schadensabwendung „die eigene Interessenbetätigung“ obliege. — Zur Erfüllung dieser seiner Verpflichtung, der Sorge für die eigenen Güter, könne sich in Abs. 1 wie Abs. 2 der durch eine unerlaubte Handlung Beschädigte seiner Gehilfen bedienen.

---

[26]) Schroeder, S. 309.

[27]) Cosack, 4. Aufl., § 91.

[28]) Vgl. von Leyden, S. 80; Planck, § 254, Anm. 2; Grünebaum, S. 170; Winter, S. 353.

[29]) Oertmann, § 254, Anm. 5.

Die Richtigkeit der Folgerungen der Theorie muß **der Fehler des Reichsgerichts** zeigen.

Das Reichsgericht meint, in Abs. 2 seien die durch die unerlaubte Handlung entstehenden „Diligenzpflichten" „Verbindlichkeiten im Sinne des § 278", in Abs. 1 dagegen liege nicht einmal eine Verbindlichkeit im abgeschwächten Sinne vor.

Der Irrtum des Reichsgerichts liegt darin, daß es in den Fällen des Abs. 2 eine Verbindlichkeit im eigentlichen Rechtssinne annimmt.

Es konstruiert dazu ein noch nicht wirkendes, aber „ursächlich begründetes Gläubigerverhältnis" zwischen dem, der nur erst zu schädigen im Begriff ist, und dem, der beschädigt werden soll, und stattet es mit selbständigen Rechtswirkungen aus. — Dieses Gläubigerverhältnis ist jedoch ein juristisch unmöglicher Begriff, wie Hinze[30]) richtig sagt.

„Wie sollte auch das Drohen eines Schadens als solches schon eine Verbindlichkeit des eventuell demnächst Beschädigten erzeugen können?"[31]) Die „gewissen Diligenzpflichten", die das Reichsgericht aus Abs. 2 herleitet, sind vielmehr bloß Verbindlichkeiten im abgeschwächten Sinne, Verpflichtungen, bei Vermeidung des Verlustes oder Minderung des Ersatzanspruchs eines drohenden Schaden von sich abzuwenden und einen entstandenen Schaden zu mindern, d. h. Verpflichtungen, für die eigenen Güter zu sorgen.

Das Reichsgericht leugnet ferner, daß v o r Begehung der unerlaubten Handlung, d. h. in den Fällen des Abs. 1 etwas einer Verbindlichkeit Ähnliches vorhanden sei.

Haben wir jedoch den Sinn der Verpflichtungen des Abs. 2 erkannt, so wird man mit Recht sagen können, daß das Gesetz auch in Abs. 1 zur Sorge für die eigenen Güter verpflichte. Denn in Abs. 1 hat der Geschädigte bei Vermeidung des Verlustes oder der Minderung des Ersatzanspruchs die Pflicht, sorgfältig zu handeln und sich nicht selbst schuldhaft Schaden zuzufügen.

---

[30]) Vgl. Hinze, S. 230.

[31]) Vgl. O.L.G. Kiel, Seuffert, Bd. 65, S. 306.

Es besteht also auch schon vor Begehung der unerlaubten Handlung „eine Verbindlichkeit im abgeschwächten Sinne", zu deren Erfüllung sich der zu Beschädigende eines Dritten bedienen kann.

In der Judikatur wird dieser richtige Standpunkt der Theorie, daß in beiden Absätzen des § 254 auf dem Gebiet der unerlaubten Handlungen eine Verbindlichkeit im abgeschwächten Sinne vorliege, und demnach die analoge Anwendung des § 278 in beiden Absätzen Platz greifen müsse, in der abweichenden Entscheidung des Reichsgerichts (Bd. 62 S. 106 ff.) wie besonders in der trefflichen Entscheidung des Oberlandesgerichts Kiel (vgl. Seufferts Arch. Bd. 65 S. 306) vertreten.

Es sei noch kurz ein Einwand Cohns[32]) erwähnt.

Cohn will eine Ausdehnung des § 278 auf das Gebiet der unerlaubten Handlungen in § 254 überhaupt ablehnen, indem er meint: „Wann die deliktische Haftung für Beauftragte gegeben ist, ist im Bürgerlichen Gesetzbuch eingehend bestimmt. Daraus wird zu folgern sein, daß für das Gebiet der unerlaubten Handlungen § 278 zum Nachteil des Beschädigten nicht gilt."

Dieses Bedenken ist jedoch zurückzuweisen. Denn einmal erscheint gegenüber der allgemeinen Regel der deliktischen Haftung des § 831 die Bestimmung des § 254 als lex specialis, und ferner ist, was beachtet werden muß, der rechtspolitische Grund für die Ersatzpflicht des § 831 ein anderer als für den „Verlust des Ersatzanspruchs in § 254".

Aus letzterem Grunde ist denn auch die Rechtsungleichheit hinzunehmen, auf die das R.G. Bd. 62 S. 346 ff. hinweist, daß nämlich auf dem Gebiete der unerlaubten Handlungen bei Ausdehnung des Schlußsatzes auf die Fälle des Abs. 1 der Schädiger nur gemäß § 831, der Beschädigte aber nach § 278 haften müsse. — Es ist hierbei nur zu beachten, daß die Rechtsungleichheit nicht so groß ist, da dem Beschädigten gemäß § 278 erst das Verschulden der Hilfspersonen nachgewiesen werden muß, letzteres nicht schon vermutet wird.

[32]) Vgl. Cohn, S. 119.

Entsprechend dem Charakter der Verbindlichkeit im abgeschwächten Sinne vergrößert sich auch der Personenkreis der Dritten, deren sich der Beschädigte zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit bedient.

Fraglich kann es jedoch sein, ob die Gehilfen des Beschädigten zu der Schadensverhütung, ebenso wie die Erfüllungsdiener des § 278 zu ihrer Tätigkeit, ausschließlich zugezogen sein müssen. So Cohn.[33])

Mit Recht verlangt die herrschende Meinung[34]) und Praxis jedoch weitere Auslegung. — Nach R.G. Bd. 55 S. 332 ff. soll es genügen, daß der Dritte „mit der Wahrung der Angelegenheit, in welcher der Schaden eintrat, betraut oder zur Pflege des geschädigten Gutes bestellt war".

An diese Definition schließen sich auch die Erklärungen der Rechtslehre dieser Richtung an, so insbesondere, wenn Kipp[35]) die Dritten als Personen bestimmt, „deren sich der Verletzte zur Behütung der Gegenstände seines Vermögens oder speziell des beschädigten Gegenstandes bedient".

Die weitere Fassung des Begriffs der Dritten im § 254 ist mit Oertmann[36]) dahin zu rechtfertigen, daß, wer einem anderen allgemein die Wahrung eines Interessenkomplexes anvertraue, ihm auch in der Regel die gegenüber einem etwaigen Eingriff nötigen Abwehrmaßregeln ohne weiteres mit übertragen habe.

Verlangt man also für die analoge Anwendung des § 278 eine Verbindlichkeit, wenn auch in abgeschwächtem Sinne, so ist eine solche in allen Fällen des § 254, in kontraktlichen wie außerkontraktlichen Verhältnissen, vorhanden, und es hat sich daher der Beschädigte das Verschulden der Hilfspersonen stets, analog § 278, auf seinen Ersatzanspruch anrechnen zu lassen.

---

[33]) Vgl. Cohn, S. 125.

[34]) Vgl. Planck, § 254, Anm. 5; Schollmeyer, S. 46; v. Leyden, S. 80; Cosack, 5. Aufl., § 91; Rehbein, S. 62; Grünebaum, S. 102; Binder, S. 164.

[35]) Vgl. Kipp zu Windscheid, S. 71.

[36]) Vgl. Oertmann, S. 60.

§ 14.

β) Weitere Analogie.

Es ist in der Literatur aber auch die Meinung vertreten, daß bei analoger Anwendung des § 278 eine Verbindlichkeit nicht erforderlich sei.

So insbesondere von Kahn und Przibilla.[37])

Bei der Analogie sollen, wie schon oben gesagt, trotz Verschiedenheit der Rechtsvoraussetzungen zweier Paragraphen dennoch dieselben Rechtsfolgen wegen Gleichheit des Rechtsgrundes eintreten.

Die Rechtsvoraussetzung in § 278 sei nun, so meint Kahn,[38]) die, daß ein Schuldner sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit dritter Personen bediene, die Rechtsfolge die, daß er für diese Personen hafte. Schreibe nun § 254 Abs. 2 Satz 2 analoge Anwendung des § 278 vor, so sei damit gesagt, die unbedingte Haftung des § 278 habe einzutreten, obgleich die Rechtsvoraussetzung in § 254 verschieden sei, d. h. obgleich der Beschädigte zwar Schuldner sei, aber die schädigende Handlung nicht in den Kreis der Erfüllungshandlungen falle, oder obgleich ein Schuldverhältnis zwischen dem Beschädigten und dem Schädiger überhaupt nicht bestehe.

Der für die Analogie erforderliche gleiche Rechtsgrund sei das Handeln eines im Sinne des § 278 qualifizierten Dritten.

Da bei einer analogen Anwendung des § 278 eine Verbindlichkeit des Beschädigten unnötig sei, könne der Dritte auch keine Person sein, deren sich der Beschädigte zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedienen müsse.

Die Bestimmung des Dritten sei vielmehr aus der ratio legis des § 278 zu entnehmen. — Der Gedanke des § 278 sei aber der: daß derjenige, demgegenüber eine Leistung anstatt von dem Verpflichteten selbst von einer Person, die diesen befugterweise vertrete, vorgenommen

---

[37]) Kahn, S. 356 ff.; Przibilla, S. 183.
[38]) Kahn, a. a. O.

werde, hierdurch nicht schlechter gestellt werden dürfe, als wenn der Verpflichtete die Leistung selbst betätigen würde. — Auf § 254 übertragen heiße dies, der Ersatzpflichtige dürfe nicht dadurch schlechter gestellt werden, daß nicht der Ersatzberechtigte selbst, sondern ein ihn befugterweise vertretender Dritter die den Schaden mitverursachende Handlung vorgenommen, bezw., wenn er an Stelle des Ersatzberechtigten gestanden, die in Abs. 2 vorgesehenen Verpflichtungen unterlassen habe.

„Der Dritte", für dessen Verschulden der Ersatzberechtigte einzustehen habe, sei daher jede Person, die den Beschädigten in bezug auf den Gegenstand der Beschädigung zu vertreten befugt sei.

Indem Kahn aus der Verschiedenheit der Rechtsvoraussetzungen zu der Auffassung gelangt, daß eine analoge Anwendung des § 278 eine Verbindlichkeit nicht erfordere, sondern nur das Eingreifen einer zur Vertretung befugten Person, braucht er auch nicht für die Haftung des Beschädigten nach kontraktlichen oder außerkontraktlichen Verhältnissen zu unterscheiden.

Es hat sich der Beschädigte also stets das bei Entstehung des Schadens wie bei der Schadensabwendung oder Schadensminderung mitwirkende schuldhafte Verhalten seiner Gehilfen nach § 254 Abs. 2 Satz 2 anrechnen zu lassen. — Auch Przibilla[39]) wendet sich gegen die Auffassung, daß eine „entsprechende" Anwendung des § 278 ein zwischen dem Schädiger und Beschädigten bestehendes Schuldverhältnis voraussetze, sucht aber hauptsächlich nur die Unrichtigkeit der gegnerischen Meinung hervorzuheben.

Den Dritten bestimmt Przibilla, ähnlich der Definition des R.G. Bd. 55 S. 332, als eine Person, deren sich der Beschädigte zur Wahrung der Angelegenheit bedient, in der der Schaden eintritt.

---

[39]) Przibilla, S. 183.

§ 15.

d) Der Grundsatz der unbedingten Gehilfenhaftung des Beschädigten.

Von entgegengesetzten Ausgangspunkten, den Auffassungen der Notwendigkeit und der Unnötigkeit einer Verbindlichkeit für die analoge Anwendung des § 278 ist man dennoch zum gleichen Ziele gelangt, den Beschädigten stets, in kontraktlichen Verhältnissen wie auf dem Gebiete der unerlaubten Handlungen, für das schuldhafte Verhalten seiner Gehilfen einstehen zu lassen.

Auch die Bestimmung, wer unter den Gehilfen zu verstehen sei, ist im großen und ganzen bei beiden Richtungen die gleiche.

Trotzdem wird in der Literatur die Frage verschieden beurteilt, ob der durch eine Körperverletzung Beschädigte es sich auf seinen Ersatzanspruch anrechnen lassen muß, wenn der von ihm zur Heilung zugezogene Arzt die erforderlichen Heilmittel schuldhafterweise verabsäumt, insbesondere einen Kunstfehler macht.

Enthält § 254 Abs. 2 eine Verbindlichkeit für den Beschädigten, so ist der körperlich Verletzte zur Abwendung bezw. Minderung des durch die Verwundung entstandenen Schadens verpflichtet.

Planck und Schroeder[40]) nehmen nun an, daß der Verletzte zur Erfüllung dieser seiner Verpflichtung die Tätigkeit des Arztes in Anspruch nehme, und er daher der in Abs. 2 Satz 2 des § 254 getroffenen Verweisung zufolge jedes Verschulden desselben entsprechend § 278 stets zu vertreten und auf seine Ersatzforderung anrechnen zu lassen habe. Die unbedingte Haftung des Verletzten für den zugezogenen Arzt widerspreche auch, wie Planck (a. a. O.) hervorhebt, durchaus nicht der Billigkeit, da der Beschädigte, soweit sein Anspruch auf Ersatz gegen den Schädiger infolge des mitwirkenden Verschuldens wegfalle oder vermindert werde, sich an den Arzt halten könne, und es gerechter

[40]) Planck, § 254, N. 5; Schroeder, S. 298 ff.

sei, daß dieser den Schaden ganz oder zum Teil trage, als wenn ihn der Schädiger allein zu tragen hätte.

Diese die weitgehende Haftung des Beschädigten fordernde Auffassung beruht jedoch auf falscher Beurteilung der Rechtslage.[41])

Ist der Verletzte auch, wie zugestanden werden kann, nach § 254 Abs. 2 zur Abwendung und Minderung des Schadens verpflichtet, so ist doch zu berücksichtigen, daß er regelmäßig außerstande ist, in eigener Person die Heilung zu besorgen. Die dem Verletzten nach § 254 Abs. 2 obliegende Verpflichtung kann daher nicht die Heilung selbst sein, sondern nur die in den Kräften des Beschädigten stehende Fürsorge, daß Heilung erfolge. — Dieser Verbindlichkeit genügt der Verletzte aber schon dadurch, daß er einen approbierten Arzt zuzieht. Der Arzt ist hiernach zwar ein drittes helfendes Organ, nicht aber ein Gehilfe, dessen sich der Verletzte zur Erfüllung „seiner Verbindlichkeit" bedient, und für den er entsprechend § 278 haften müßte.

Auch nach der Theorie Kahns, gemäß welcher der Dritte nicht eine Verpflichtung des Verletzten im Sinne des § 254 Abs. 2 erfüllt zu haben braucht, ist die weitgehende Haftung des Verletzten abzulehnen. Denn man wird schon aus dem angeführten Grunde, daß der Verletzte selbst zur Heilung außerstande ist, das Verhältnis des Beschädigten zu dem heilenden Arzte nicht als ein solches ansehen können, nach welchem der Arzt den Verletzten befugtermaßen vertrete. Der Arzt vertritt den Kranken nicht, er wird vielmehr, wenn er angegangen wird, unabhängig kraft seines Berufes nach Maßgabe seiner Geschicklichkeit tätig und auch ohne Rücksicht darauf, wer etwa im Falle des § 254 den entstandenen Schaden schließlich zu tragen hat.

Zieht der Verletzte aber zur Heilung einen Kurpfuscher zu, so hat er sich dessen fehlerhaftes Handeln allerdings unbedingt anrechnen zu lassen, zwar wieder nicht, weil er

---

[41]) Vgl. Endemann, § 132, N. 25; Cohn, S. 125; von Leyden, S. 81; Gottschalk, S. 123.

für ihn entsprechend § 278 als Hilfsperson einzustehen hat, sondern deshalb, weil ihm selbst das Anrufen eines Pfuschers statt eines approbierten Arztes als eigenes Verschulden bei Abwendung oder Minderung des Schadens zur Last zu legen und gemäß § 254 anzurechnen ist.

Sind auch beide Meinungen, sowohl die von der Notwendigkeit wie die von der Unnötigkeit einer (abgeschwächten) Verbindlichkeit für die analoge Anwendung des § 278 ausgehende, praktisch gut brauchbar, so wird man doch bei Würdigung derselben der Ansicht Kahns den Vorzug geben.

Denn einmal wird schon die Rechtfertigung der „Verbindlichkeit im abgeschwächten Sinne", die in der Sorge für die eigenen Güter bestehen soll, Schwierigkeiten machen. — Sicherlich kann in einer solchen Verbindlichkeit keine Rechtspflicht gesehen werden.[42]) Denn von Rechts wegen kann jeder über seine Güter in beliebiger Weise verfügen. — Man könnte eventuell nur in § 254, wie es Grünebaum[43]) tut, eine der sittlichen Pflichten sehen, deren Verletzung das B.G.B. wie in § 826, § 226 u. a. mit Rechtsfolgen ausgestattet habe.

Muß aber die Konstruktion einer allgemeinen sittlichen Pflicht aus § 254 schon sehr vag erscheinen, so ist die von Kahn ausgeführte analoge Anwendung des § 278 auch richtiger.

Die Versuche, eine Verbindlichkeit zu finden, gehen in Wirklichkeit darauf hinaus, § 278 nicht entsprechend, sondern direkt zur Anwendung zu bringen, indem sie den Beschädigten, der mit seiner Ersatzforderung als Gläubiger in § 254 auftritt, in die Rolle eines Schuldners zwingen wollen.

Die Theorie Kahns führt in glatter Weise zu dem der Billigkeit entsprechenden Ergebnis und macht durch Vermeidung der „Verbindlichkeit im abgeschwächten Sinne"

[42]) Vgl. Rümelin, S. 311; Crome, I, S. 111, Anm. 5; Kahn, S. 354; R.G. Bd. 62, S. 349; a. M. v. Liszt, S. 84.

[43]) Vgl. Grünebaum, S. 100.

den in der Rechtslehre und Judikatur geführten Streit, wann eine solche Verbindlichkeit vorhanden sei, unpraktisch.

Mag man jedoch der herrschenden Lehre oder der Theorie Kahns folgen, in allen Fällen des § 254, gleichgültig, ob es sich um kontraktliche oder außerkontraktliche Verhältnisse handelt, haftet der Beschädigte unbedingt für das Verschulden seiner Gehilfen.

Diesen Gedanken der unbedingten Haftung des Beschädigten für schuldhafte Handlungen seiner Gehilfen bringt auch sonst die neuere Gesetzgebung zum Ausdruck.

So hat das H.G.B. in § 735 Abs. 2 abweichend von Art. 737 des alten H.G.B. den Grundsatz des § 254 für Schiffskollision angenommen. — Bei beiderseitigem Verschulden soll die Verpflichtung zum Ersatz und der Umfang der Ersatzpflicht von den Umständen, insbesondere davon abhängen, inwieweit der Zusammenstoß vorwiegend „von Personen der einen oder der anderen Besatzung" verursacht worden ist.

Ebenso bringt auch das Reichsgericht,[44]) sich auf § 735 Abs. 2 berufend, mit Recht die dem Seerechte eigentümliche Haftung des Reeders für die Schiffsbesatzung (§ 485 H.G.B.) im Rahmen des § 254 zur Anwendung, so daß der Reeder, „der wegen eines seinem Schiffsvermögen zugefügten Schadens gegen einen anderen Reeder Ersatzansprüche erhebt, sich den Einwand gefallen lassen muß, seine eigene Schiffsbesatzung habe durch ein Verschulden in der Ausführung ihrer Dienstverrichtungen den Schaden mit verursacht."

Nur aus der Unklarheit des Schlußsatzes des § 254 ist schließlich auch die nur Reichsrecht wiedergebende Bestimmung des § 9 Automob.-Ges.[45]) zu verstehen, wonach im Falle der Beschädigung einer Sache das mitwirkende Verschulden desjenigen, welcher die tatsächliche Gewalt über die Sache ausübt, dem mitwirkenden Verschulden des Verletzten gleichstehen solle.

[44]) Vgl. R.G., Bd. 55, S. 321.

[45]) Vgl. Gesetz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen vom 3. Mai 1909, § 9.

Der Gedanke, daß der Beschädigte sich das Verschulden seiner Gehilfen auf seinen Ersatzanspruch anrechnen lassen müsse, ist demnach ein allgemeiner und kommt natürlich auch dann zur Anwendung, wenn auf seiten des Schädigers ebenfalls Gehilfen den Schaden mitverursacht haben.

Schluß.

§ 16.

Die Beachtung des Verschuldens des Beschädigten als Forderung von Treu und Glauben.

Haben wir in den Sonderfällen des Schadens durch Tiere und Gehilfen die Verteilungsvorschrift des § 254 weitmöglichst herangezogen, so wird ein solches Bestreben auch für andere von dem Paragraphen nicht in erster Linie getroffene Fälle wünschenswert und zulässig sein.

Denn der § 254 berührt sich mit dem allgemeinen Grundsatze des § 242, dem der gemeinrechtlichen exceptio doli generalis entsprechenden Rechtsbehelf, indem er sich als ein Anwendungsfall desselben darstellt.

Nach § 242 soll für alle Schuldverhältnisse und Fragen, welche den Inhalt oder den Umfang der dadurch begründeten Verbindlichkeit sowie die Art, in welcher dieselbe zu erfüllen ist, betreffen, entscheidend sein, was „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte“ erfordern. Der Zweck dieser Bestimmung geht dahin, Schuldner und Gläubiger gegen ungerechte, unbillige Zumutungen zu schützen.

Dieser allgemeine Grundsatz von Treu und Glauben ist im B.G.B. noch durch besondere Gesetzesnormen, wie z. B. die §§ 320 Abs. 2 und 259 Abs. 3, genauer gezeichnet worden. Insbesondere ist auch die Vorschrift des § 254 als ein guter Wegweiser zur Verdeutlichung des Grundsatzes von Treu und Glauben anzusehen, da sie in hervorragender Weise billiges Recht (ius aequum) enthält.

Man wird daher, sofern es sich um die nicht durch besondere gesetzliche Bestimmungen geregelte Frage des Vor-

liegens eines rechtlich in Betracht kommenden Verschuldens von zwei oder mehreren Personen handelt, nicht nur in allen Fällen der Schadensersatzpflicht, sondern auch auf anderen Rechtsgebieten den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben im Sinne des § 254 beachten können. Denn nur dann wird sich, wie das Reichsgericht[46]) ausführt, eine der Billigkeit entsprechende und der verschiedenen Gestaltung der Einzelfälle sich anpassende Entscheidung der Frage erzielen lassen, „ob und inwieweit der einzelne Beteiligte trotz des Mitverschuldens eines oder mehrerer anderer für sein Verschulden und die hieraus sich ergebenden Folgen verantwortlich ist und die dadurch erwachsenen Nachteile selbst zu tragen hat."

---

[46]) Vgl. J.W. 1909, S. 414, Z. 14, wo das R.G. die Anwendbarkeit des § 254 auf den Fall eines teilweisen Verschuldens der Unmöglichkeit und ein dadurch bedingtes Rücktrittsrecht nach § 325 bejaht. Ebenso hat das Reichsgericht den § 254 für anwendbar erklärt auf Wandelungsansprüche, bei welchem das Verschulden der einen oder der anderen Partei bezüglich der Unmöglichkeit der Rückgewähr der gekauften Sachen in Frage kam (§§ 462, 467, 487 B.G.B.). R.G. Bd. 56, S. 267, J.W. 1904, S. 140, Z. 6.

Lebenslauf.

Ich, Herbert Manfred Auerbach, wurde am 27. Juli 1890 als vierter Sohn des 1902 verstorbenen Kaufmanns Jacques Auerbach und seiner Ehefrau Selma geb. Birnbaum zu Krotoschin in Posen geboren.

Ich bin jüdischer Konfession und preußischer Staatsangehörigkeit.

Meine Schulbildung genoß ich auf dem seinerzeit humanistischen Königlichen Wilhelms-Gymnasium zu Krotoschin und erlangte Ostern 1909 das Zeugnis der Reife. Hierauf widmete ich mich an den Universitäten Breslau, Berlin und Freiburg i/Br. sechs Semester dem Studium der Rechte und Staatswissenschaften und hörte Vorlesungen folgender Herren Professoren und Dozenten:

Bornhak, Brie, Bruck, Brunner, Buch, Diehl, O. Fischer, O. v. Gierke, Gretener, Gottschalk, Heilborn, Hellwig, Kipp, Klingmüller, Koelbing, Lenel, Leonhard, Lesser, Merkel, Herb. Meyer, Rauch, Simmel, Rich. Schmidt, Schott, Schultze, Wagner, v. Wenckstern, v. Wilamowitz-Moellendorf, Wolf.

Allen meinen hochverehrten Lehrern spreche ich an dieser Stelle meinen aufrichtigen Dank aus.

Am 1. August 1912 bestand ich in Breslau die erste juristische Staatsprüfung, am 3. August 1912 das Rigorosum.